

الوسيط
في
شرح القانون المدني

(١)

نظرة
الالتزام بوجه عام

مصابرة الأمانة

تأليف

عبد الله بن عبد الله بن عبد الله

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

الطبعة الثانية

أضاف في مراحلهما ماجدة بعد الطبعة الأولى مقرر وقضاء

مصطفى محمد الفقي

رئيس محكمة

الدكتور عبد الباسط حمي

استاذ بكلية حقوق عين شمس

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الله بن مرون

١٩٦٤

تقدير

للطبعة الثانية

نفدت الطبعة الأولى من هذا الجزء الأول من الوسيط منذ مدة طويلة . فكنت بين أن أعيد طبعه فأقطع عن متابعة إصدار ما بقى من أجزاء الوسيط ، وبين أن أترث حتى أتم جميع الأجزاء ثم أشرع بعد ذلك فى إعادة طبعها .

فشقّ على نفسى كل من الأمرين ، ورأيت مخرجاً منها فيما أقدمه اليوم للقراء : الطبعة الثانية من الجزء الأول منقولة عن الطبعة الأولى فى منها وحواشيها مع تعديلات يسيرة ، ومضافاً إليها فى الحواشى — بين قوسين — ما جدّ بعد الطبعة الأولى من فقه وقضاء . وقد تقدمت فى ذلك إلى صديقى الأستاذين عبد الباسط جيمى ومصطفى محمد الققى ، قبلًا مشكورين أن يقوموا بكتابة ما أضيف إلى الحواشى بين القوسين من الفقه والقضاء . فعملاً على هذا العمل ، وأفسحاً بذلك لى الوقت فى متابعة ما أنا آخذ فيه من إصدار الأجزاء الباقية من الوسيط .

فأرجو أن يجد القراء ما يستكملون به حلقات هذه السلسلة من الوسيط فى هذه الطبعة الثانية ، وقد سارت الزمن فاستكملت الإشارة — من حيث وقت الطبعة الأولى — إلى ما صدر فى مصر بعد ذلك من مؤلفات الفقهاء وأحكام القضاء .

عبد الرزاق أحمد السهرورى

كلمة افتتاحية

(صدرت بها الطبعة الأولى)

هذا هو الوسيط أقدمه بين يدى رجال القانون أقوى ما أكون أملاً فى أن يملأ فراغاً وأن يسد حاجة . وقد اعتزمت فيه بمشينة الله أن أشرح القانون المدنى الجديد .

والوسيط هو الوسط ما بين الوجيز والبسوط . ولئن جعل الله فى العمر بقية ، وأمدنى بعون من عنده ، أخرجت بعد الوسيط الوجيز ، ثم استعنت برقعة من زملائى فى إخراج للبسوط . فتم بذلك حلقات ثلاث ، ينتظمها عقد واحد . والوسيط هو واسطة هذا العقد . تجعله فيصبح وجيزاً . وتفصله فيصير مبسوطاً . ومن أجل ذلك اخترت أن أبدأ به . فهو أوفى من الوجيز فى سد حاجات العلم والعمل . وهو أدنى من البسوط للباحث الذى لا يملك غير وقت محدود .

وبعد فطابع التقنين المدنى الجديد الاعتدال . فهو يرضى الاستقرار ، ويطاوع التطور . والاستقرار بتمثل فى وصل الحاضر بالماضى . والتطور بترأى فى تطلع الحاضر إلى المستقبل .

وإيداناً بأن الحاضر متصل بالماضى ، عمدت فى هذا الكتاب إلى أمرين :

(أولهما) أننى طفقت أشير إلى القضاء والفقهاء المصريين فى عهد التقنين المدنى القديم كما لو كانوا قد نبأ فى عهد التقنين المدنى الجديد . وترانى أشير إليهم دون أن أشمر القارىء بأن التقنين المدنى قد تغير ، ودون أن أنبه إلى أن القضاء والفقهاء الذين أسند إليهم قد قاما فى عهد التقنين المدنى القديم . وأردت بذلك أن أدل على أن ما كان يصلح قضاء وقهاً فى الماضى لا يزال صالحاً حتى اليوم . فالسلسلة لم تنقطع حلقاتها ، والمهد الحاضر لا يزال

متصلاً بالعهد الماضى أوثق الاتصال . وتعمدت أن أقبل عن كتابي في نظرية العقد وعن كتابي الآخر في النظرية العامة للالتزامات كثيراً مما اشتمل عليه من الآراء الفقهية ومن قضاء المحاكم المصرية ، في العبارات ذاتها التي وردت في الكتابين ، بعد توفير ما ينبغى من اللامعة ليساير الكتاب الجديد أحكام التقنين الجديد . كل ذلك حتى أصل الحاضر بالماضى ، وحتى أثبت من طريق عملي أن الكتاب الذى كان يصلح مرجعاً فى التقنين القديم لا يزال صالحاً فى كثير من نواحيه مرجعاً فى التقنين الجديد . فيتحقق من لا يزال خالجة من الشك تردد فى نفسه أن التقنين الجديد لم يؤذن بشورة ، ولم يحدث انقلاباً . وإذا كنت قد رجعت عن بعض الآراء الفقهية التى سبق لى أن اعتنقتها فى الكتابين اللذين أسلفت ذكرهما ، فذلك سنة العقل البشرى ، لا يقيم على خطة واحدة من النظر . فهو لا يستطيع أن يستوعب الحقائق مطابقة . ويدرك اليوم ما لم يكن يقادر على إدراكه بالأمس . ولما كان التقنين الجديد — فيما استحدثت من النصوص والأحكام — لا يزال بكرة لم يرد فيه قضاء أو فقه ، فقد استعضت عنهما بما قللت من الأعمال التحضيرية . فآرخت كل نص من نصوص التقنين الجديد مذ كان النص فى المشروع التمهيدى ، متعقباً إياه وقد انتقل إلى المشروع النهائى ، ثم إلى مجلس النواب ، ثم إلى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، ثم إلى مجلس الشيوخ ، حتى أصبح هو نص التقنين الجديد . ونقلت ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه النصوص . واعتمدت فى كل ذلك على مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد التى أصدرتها وزارة العدل فى أجزاء سبعة . وكنت إذا ما استحدثت التقنين الجديد تغييراً ، أعنى كل العناية بالإشارة إلى هذا التغيير ، فأرسم حدوده ، وأبين مداه ، وأستطرد عند الحاجة إلى بحث سرىان الحكم الجديد من حيث الزمان ، فأذكر ما عسى أن يكون للنص المستحدث من أثر رجعى ، وبخاصة ما يكون له من أثر فورى ، وفقاً للنظريات الحديثة .

(والأمر الثانى) أننى جعلت الفقه والقضاء الفرنسيين هما ، من بين سائر النظم القانونية

الأجنبية ، النظام الأجنبي الذى رجعت إليه ، كما كانت الحال فى عهد التقنين المدنى القديم . على أن القضاء الفرنسى لم أشر إليه إلا حيث أتابع التطور التاريخى لبعض المبادئ القانونية ، وإلا حيث أستكمل به القضاء المصرى . وقد تعدت أن يكون قضاؤنا المصرى هو الأصل الذى يرجع إليه ، فيكون هو القضاء البارز فى جميع نواحي الكتاب ، لا يفتى عنه القضاء الفرنسى ، بل لا يقف إلى جانبه إلا حيث تقوم الحاجة . لم أفعل ذلك زراية بالقضاء الفرنسى أو غصاً من شأنه ، وإلا فهو القضاء الذى نزلنا ضيوفاً فى ساحته الواسعة ، وعشنا زمناً فى رحبته النسيجة . ولكن أن للضيف أن يعود إلى بيته ، بعد أن أقامه على عمد قوية . والقضاء المصرى فى مدى خمسة وسبعين عاماً قطع شوطاً بعيداً فى طريق التقدم ، حتى أصبح من حقّه أن يظفر باستقلاله . وقد صار من الكثرة والتنوع بحيث يحد الباحث فيه لكل مسألة مرجعاً . وبلغ فى الذاتية شأواً أبعد مما بلغه الفقه المصرى . فمن واجبه الآن أن يضطلع بمسئوليته كاملة .



هذا عن اتصال الحاضر بالماضى . أما عن تطلع الحاضر إلى المستقبل ، فآيته أن التقنين المندى الجديد يفتح عهداً جديداً .

يتمثل ذلك فى هذه النهضة التشريعية المباركة التى بدأت منذ سنة ١٩٣٦ ، وقد أرسى أساسها على ماهر (باشا) باللجان التى ألفتها لوضع مشروعات للتقنينات الرئيسية ، فناظرت هذه الحركة اشجرة المباركة قريبتها التى نبتت ستين عاماً قبلها واثبتت إلى وضع التقنينات المصرية الحديثة التى قامت عليها حياتنا القانونية ولا تزال تقوم على بعض منها حتى اليوم . فما أشبه الليلة بالبارحة ! لقد دخلت مصر بالأمس ، وفى نهضتها التشريعية الأولى ، عالم القانون الحديث ، فخطت خطوة حاسمة فى مدارج تطورها القانونى . وهى اليوم ، فى نهضتها التشريعية الثانية ، تخطو خطوة حاسمة أخرى ، فتقبوا مكاناً مستقلاً فى الأسرة العالمية للقانون .

وإذا كانت مصر قد استقلت بتشريعها ، فقد آن لها أن تستقل أيضاً بقضاها وبقضاها .
وإن هذا العهد الجديد ، الذى افتتحه التقنين المدنى الجديد ، لتعلن فيه مصر أنها قد اعترمت
أن يكون لها قضاء ذاتى وهه قوى .

هذه هى المرحلة الجديدة التى نخطوها مصر ، وهذه هى الآفاق الجديدة التى تطالع
بها رجال القانون فى هذا العهد الجديد .

لقد ظفر التشريع المصرى بالاستقلال فى سنة ١٩٣٧ ، وكانت معاهدة مونترية هى
صك استقلاله . وظفر القضاء المصرى بالتوحيد بعد اقضاء فترة الانتقال وزوال الحاكم
المختلطة . فعلى القضاء المصرى تقع تبعات جسيمة ينبى له أن ينهض بها . وعلى الفقه المصرى
أن يكون الرائد للقضاء المصرى ، يمهده السبيل ، ويعبده الطريق .

وإذا كان التقنين المدنى الجديد قد اقتبس نصوصاً من بعض المصادر الأجنبية ،
فليست هذه ، فى الكثرة الغالبة منها ، غير مصادر استثناس للصياغة . أما الغالبية العظمى
من أحكامه فستمدة من أحكام التقنين المدنى القديم ومن المبادئ التى أقرها القضاء
المصرى طوال سبعين سنة كاملة .

وقد كتبت منذ ثمانية عشر عاماً فى كتاب « نظرية العقد » : « علينا أولاً أن نمصر
الفقه ، فنجعله فقهاً مصرياً خالصاً ، نرى فيه طابع قوميتنا ، ونحس أثر عقليتنا ، فقفتنا
حتى اليوم لا يزال ، هو أيضاً ، يحتله الأجنبى ، والاحتلال هنا فرنسى . وهو احتلال
ليس بأخف وطأة ، ولا بأقل عنتاً ، من أى احتلال آخر . لا يزال الفقه المصرى يتلصص
فى الفقه الفرنسى المهادى المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن فقهه ، أو ينحرف عن مسراه ،
فهو ظله اللاصق ، وتابعه الأمين . فإذا قدر لنا أن نستقل بفقها ، وأن نفرغه فى جو
مصرى ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية ، بقى علينا أن نخطو الخطوة
الأخيرة ، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة المالية ، ونؤدى قسطاً مما تفرضه علينا

الإنسانية ضريبة في سبيل تقدم الفقه العالمى ، أو ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن .

واليوم يسعدنى أن أقول هنا ما أدليت به أمام اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وهى تنظر مشروع التقنين الجديد : « إن النصوص التشريعية الواردة فى هذا المشروع لها من الكيان الذاتى ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التى أخذت منها . ولم يكن الفرض من الرجوع إلى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تبعية فى التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا ، حتى لو كان ممكناً ، لا يكون مرغوباً فيه ، نحن المقطوع به أن كل نص تشريعى ينبغى أن يعيش فى البيئة التى يطبق فيها ، وبحيا حياة قومية نوثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فينفصل انفصال تاماً عن المصدر التاريخى الذى أخذ منه ، أياً كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذى يكون لمصر فيه قضاء ذاتى وقته مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما ينسجم له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص فى صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قومى ، يستند إلى قضاء وقته لها من الطابع الذاتى ما يجعل أثرها ملحوظاً فى التطور العالمى للقانون . »

تطور النصوص فى صميم الحياة القومية : هذه هى مهمة القضاء والفقه فى مصر منذ اليوم . ولا عذر لها إذا ما تخليا عن هذه التهمة الخطيرة ، وتركوا الاجتهاد إلى التقليد .

وإن القانون المصرى الجديد ليؤذن بعهد جديد لافى مصر فحسب ، بل أيضاً فى البلدين الشقيقين العربيين ، سورية والعراق . ويكفى أن يكون هذا الشرح للقانون المصرى الجديد هو فى الوقت ذاته شرح للقانون السودانى الجديد ، فما بين القانونين إلا فروق

طفيفة أشربت إليها في حواشي هذا الكتاب . وهو أيضاً مرجع أساسي لشرح القانون العراقي الجديد ، فقد قام هذا القانون على مزاج موفق من الفقه الإسلامي والقانون المصري الجديد . وقد حاز الوقت ليتعاون الفقهاء المصريون مع زملائهم فقهاء سورية وقبحاء العراق ، ويتكاتفوا جميعاً لإرساء أساس قوى « للقانون المدني العربي » . يكون قوامه الفقه الإسلامي ، قانون المستقبل لبلاد العروبة جميعاً * .

وإذا كنا نشر اليوم بترعة محدودة إلى تثبيت ذاتيتنا وتأكيده استقلالنا ، بعد أن صاب عودنا وشبيننا عن الطوق ، فإن الواجب يقتضينا أن نذكر ذكر المعترف بالفضل والجميل ما نحن مدينون به للفقه الأجنبي ، وبخاصة للفقه الفرنسي . فقد كان هذا الفقه التكنة التي عليها ترتكز ، والنور الذي به نهتدى ، ولا زلنا مغمورين بفيضه حتى اليوم .

هذا والكتاب الذي أقدمه اليوم إلى القراء هو من طلائع الشروح للتقنين المدني الجديد . فلا بد أن يكون بعيداً عن حد الكمال . وما أعجلني إلى إخراجه إلا علمي بأن الغاية بعيدة ، وأن العمر قصير ، وأن الكمال لله وحده .

وإذا كان هذا الكتاب ليس إلا خطوة متواضعة نحو استقلال الفقه المصري ، وقد بدت بشائر هذا الاستقلال قبل ذلك في كتب ورسائل قيمة لزملاء هم في الذروة من فقه القانون المدني ، فإني أرجو أن يكون الكتاب ، في هذا الحيز المحدود ، قد أوفى بقليل من الغرض ، وملاً شيئاً من الفراغ ، وسد بعضاً من الحاجة .

وبالله المستعان .

أبريل سنة ١٩٥٢

(*) بعد ظهور الطبعة الأولى صدر التقنين المدني الليبي . وهو أيضاً كآخيه التقنين المدني السوري . لا تنكاد توجد فروق بينه وبين التقنين المدني المصري .

نظرة في التقنين المدنى الجديد

كيف وضع ، وكيف يكون تفسيره

وما استحدث من أحكام ، وما برسم من اتجاهات عامة

- ١ - تنقيح التقنين المدنى : كيف تمت فكرة التنقيح ، وكيف حققت .
- ٢ - القواعد التى قام عليها التنقيح : كيف عولجت عيوب التقنين القديم -- مصادر التنقيح وصفه التنقيح والتقنين الجديد .
- ٣ - الفروق الجوهرية ما بين التقنينين الجبريم والقديم : ما استحدثه التقنين الجديد من أحكام . وما قنته وكان معمولاً به من قبل .
- ٤ - الاتجاهات العامة للتقنين الجبريم : موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة -- التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة .

(١)

تنقيح التقنين المدني

(كيف قامت فكرة التنقيح ، وكيف حققت)

١ — كيف قامت فكرة التنقيح

(١) عيوب التقنين المدني القديم^(١)

العيوب الموضوعية :

يكثف الظروف التي وضع فيها التقنين المدني القديم شيء من النموذج ، إذ لم يتخلف عنه أعمال تحضيرية تبين لنا كيف وضع ، والظروف التي وضع فيها ، والسياسة التشريعية التي توخيت في وضعه .

والمعروف أن واضع التقنين المدني المختلط هو الأستاذ مانورى Manoury . كان محامياً فرنسياً يقيم في الإسكندرية . واتخذ نوبار باشا أمين سر له . ثم عينه بعد ذلك أمين سر للجنة الدولية التي كانت تدرس مشروع إنشاء المحاكم المختلطة في مصر ، وعهد إليه في وضع التقيينات المختلطة في سنة ١٨٧٢ ، فانتهى من وضعها في العام التالي (سنة ١٨٧٣) .

وقد اقتبس مانورى التقنين المدني المختلط من التقنين المدني الفرنسي ، فاختصر هذا التقنين اختصاراً عظيماً في كثير من المواطن . ونقل بعض المسائل عن القضاء الفرنسي وعن التقنين المدني الإيطالي القديم الذي صدر في سنة ١٨٦٦ . ولم يفضل الشريعة الإسلامية فنقل عنها بعض الأحكام . وصدر التقنين المدني المختلط في ٢٨ من يونيو سنة ١٨٧٥ .

(١) انظر مقالاً لنا نشرناه في مجلة القانون والاقتصاد (السنة السادسة ، العدد الأول) في وجوب تنقيح القانون المدني ، وقد نشر قسم من هذا المقال في الكتاب التكميلي للمبادئ الحاكمة الوطنية .

ثم شكلت لجنة من بعض كبار المترجمين — كان فيهم محمد قدري (باشا) وحسين غفرى (باشا) وبطرس غالى (باشا) — وقامت اللجنة بترجمة هذا التقنين وسأر التقنينات المختلطة إلى اللغة العربية .

وما لبثت حكومة ذلك العهد ، بعد إذ استقرت المحاكم المختلطة ، أن تطاعت إلى إصلاح القضاء الوطنى وتنظيمه على غرار القضاء المختلط . وكان ناظر الحفانية إذ ذاك محمد قدري باشا . فتألفت فى أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لأنظمة المحاكم وطنية نظامية ، كان من بين أعضائها الأستاذ موربوندى Moriondo وهو محام إيطالى عين قاضياً فى محكمة الإسكندرية المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ، وبقي فى القضاء المختلط حتى وصل إلى منصب وكيل محكمة الاستئناف المختلطة ، وتوفى سنة ١٩١١ . وقامت هذه اللجنة بوضع لأنظمة لترتيب المحاكم الوطنية الجديدة صدرت فى ١٧ من نوفمبر سنة ١٨٨١ . وقام أعضاء اللجنة فى الوقت ذاته بوضع تقنينات لهذه المحاكم ، صيغت كلها على مثال التقنينات المختلطة . وكان من نصيب الأستاذ موربوندى أن يضع التقنين المدنى الوطنى ، فنفذه قلا يكاد يكون حرفياً من التقنين المدنى المختلط . واشترك محمد قدري باشا مع الأستاذ موربوندى فى وضع هذا التقنين .

ثم شبت الثورة العرابية ، فوقفت حركة الإصلاح القضائى . ولما أخذت الثورة أعادت الحكومة النظر فى لأنظمة سنة ١٨٨١ ، وأصدرتها ممدلة فى ١٤ من يونيه سنة ١٨٨٣ ، ثم أصدرت التقنين المدنى الوطنى فى ٢٨ من أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، فالتقنينات الخمسة الأخرى فى ١٣ من نوفمبر سنة ١٨٨٣ . وقد وضعت هذه التقنينات الوطنية كلها باللغة الفرنسية ، ثم ترجمت إلى اللغة العربية . وقام بالترجمة يوسف وهبه (باشا) مسترشداً بترجمة التقنينات المختلطة التى سبقت الإشارة إليها . وراجعت الترجمة لجنة شكلت لهذا الغرض ^(١) .

(١) انظر فى الإصلاحات القضائية التى تمت فى ذلك العهد : بوربلى بك القاهرة سنة ١٨٩٢ ص =

وقد سجلت قوانين «الإصلاح» المختلطة والوطنية في تاريخ التقنين المصرى مرحلة تقدم واسعة في العهد الذى صدرت فيه ، وقضت على كثير من مساوىء الماضى . ولكن البلاد بقيت تسير إلى الأمام ، فطورت لثدية ، واستدار الزمن ، وتقدم فن التقنين ، وأصبحت مصر لا تقنع اليوم بما كانت تقنع به بالأمس ، وأخذت عيوب هذه التقنينات تظهر شيئاً فشيئاً . وبحسبى أن أشير هنا إشارة موجزة إلى عيوب التقنين المدنى القديم .

وأول ما يعيب هذا التقنين أنه محض تقليد للتقنين الفرنسى العتيق . فجمع بين عيوب التقليد وعيوب الأصل الذى قلده . والتقنين الفرنسى قد قدم به العهد ، وهو اليوم متخلف عن العصر الذى يعيش فيه قرناً ونصف قرن . وفى خلال هذه الأجيال الطويلة ارتقى التقنين المقارن إلى مدى جعل التقنين الفرنسى فى الصف الأخير من التقنينات الحديثة . فهناك مسائل ذات خطر كبير نبتت فى العهود الأخيرة ، ونمت وازدهرت فاحتوتها تقنينات القرن العشرين ، ولا نجد لها آثراً فى التقنين الفرنسى ، وقد ولد فى فجر القرن التاسع عشر ، ولا فى تقنيننا المدنى الذى أخذ عنه . فبدأ التسف فى استعمال الحق ، ونظرية الاستغلال ، ونظام المؤسسات ، وتنظيم للملكية فى الشيوع ، وعقود التزام المرافق العامة ، وعقد التأمين ، وحالة الدين ، والإعسار المدنى ، كل هذه المسائل الخطيرة لا نثر على نص واحد فيها لا فى التقنين الأصيل ولا فى التقنين المقلد . وحتى فيما احتواه هذان التقنينان من النظريات والأحكام ، نرى الكثير منها ناقصاً مبتوراً .

== ٢٧ — ٢٩ — دى روزاس فى نظام الامتيازات الأجنبية فى الامبراطورية النمائية يبارس سنة ١٩٠٥ الجزء الثانى ص ٢٧١ وما بعدها — دى هانس جزء ١ ص ٧ وما بعدها — عبد السلام ذهبى بك فى مسئولية الدولة جزء ١ ص ٤٣ وما بعدها — إميل فيركس فى القضاء المختلط المصرى واختصاصاته التشريعية بروكسل سنة ١٩١١ ص ٨ وما بعدها — دى فى فى اختصاص القضاء المختلط فى مصر بروكسل سنة ١٩٢٦ ص ٩ وما بعدها — مينا فى القانون المدنى المصرى المختلط الاسكندرية سنة ١٩٢٧ جزء ١ ص ١٤ وما بعدها — برتون فى المحاكم المختلطة فى مصر سنة ١٩٣٠ ص ٩ وما بعدها — الكتاب الذهبى للعيد المحسنى للمحاكم المختلطة — الكتاب الذهبى للعيد المحسنى للمحاكم الوطنية — قال والدكتور ملى فى القانون التجارى المصرى سنة ١٩٣٣ الجزء الأول ص ٧١ — الدكتور رمزى سيف فى تنازع الاختصاص ما بين المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية القاهرة سنة ١٩٣٨ ص ١٩ وما بعدها .

ويكفي أن نشير إلى أهم نظرية في القانون المدني وهي نظرية الالتزام ، وإلى أهم باب فيها ، وهو باب المصادر ، حتى يظهر بجلاء أن أحكام العقد والعمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب وردت في التقنينين غامضة مقتضبة . فلا نجد في أحكام العقد شيئاً عن النيابة في التصاقد ، ولا عن الإرادة المنفردة ، ولا عن عقود الإذعان ، ولا عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، ولا عن الحق في الحبس ، بل نحن لا نجد في مسألة من أدق مسائل العقد ، وهي مسألة تكوينه ، إلا صمتاً محيراً . فلا نص يبين كيف يصدر الإيجاب ، ومتى يكون ملازم ، وإلى أي وقت ، وكيف يقترن به القبول ، ومتى وأين يتم التصاقد فيما بين الغائبين . ولا نجد في المسؤولية التقصيرية إلا عدداً قليلاً من النصوص تسكت عن أهم المسائل في هذه المسؤولية . أما في الإثراء بلا سبب فلا يوجد نص واحد يضع القاعدة العامة في هذا الموضوع الخطير^(١) .

ولم يقتصر التقنين المصري على نقل عيوب التقنين الفرنسي ، بل زاد عليها عيوباً من عنده . وهو إذا كان قد تجنب عيوب هذا التقنين في بعض المسائل ، كما فعل في ترتيبه مصادر الالتزام وفي عيوب الرضاء والمهبة المستترة والتضامن في المسؤولية التقصيرية والمصرفات الفاحشة في بيع الوفاء وامتياز الماقل من الباطن ، إلا أن ما زاده من العيوب أربى بكثير على ما تجنبه منها .

ففي تقنيننا المدني القديم فضول واقتضاب . وفيه غرض وتناقص . ثم هو يقع في كثير من الأخطاء الفاحشة .

أما أن التقنين القديم فيه فضول واقتضاب فيكفي أن تصفحه لتبين ذلك في وضوح .

(١) وقد كان التفكير في تنقيح التقنين المدني الفرنسي يلقي مقاومة شديدة من بعض الفقهاء ورجال القانون في فرنسا في أوائل هذا القرن . ولكن فكرة التنقيح ما لبثت أن اختمرت أمام التقدم العظيم الذي يافق فن التقنين في القرن العشرين وأمام قدم التقنين المدني الفرنسي ووقوفه عن سائرة التطور . فقرر تنقيح هذا التقنين تنقيحاً شاملاً ، وشكلت لهذا الغرض في سنة ١٩٤٥ لجنة من كبار رجال القانون في فرنسا ، وعلى رأسهم عميد كلية الحقوق بجامعة باريس الأستاذ جوليوني لاموراندبيير *Juliot de la Morandière* ولا تزال اللجنة تعمل في عملها .

فهو في حق الملكية ، أم الحقوق العينية ، يقتصر على نصين اثنين ، يتحدث في الثاني منهما عن حق المؤلف ويحيل فيه إلى قانون خاص . وهو مع ذلك يتناول حق الانتفاع ، أقل الحقوق العينية خطراً وأضييقاً انتشاراً في مصر ، فإذا به يفيض في نصوصه إفاضة لا يفسرها إلا أنه يقلد التقنين الفرنسي تقليداً أعمى ، حيث حق الانتفاع في فرنسا من الحقوق العينية الواسعة الانتشار بسبب قانون لليراث . ثم هو في نظرية الالتزام بفيض في المسائل التي لا حاجة للإفاضة فيها كما فعل في الالتزامات التخيرية والالتزامات التي يكون القانون مصدرها ، ويقتضب في المسائل التي هي في أشد الحاجة إلى البيان والتفصيل كما فعل في تكوين العقود وفي الاشتراط لمصلحة الغير وفي الدعوى البولصية وفي المسئولية التقصيرية وفي الإثراء بلا سبب .

وفي التقنين القديم غموض وتناقض . يتفشى الغموض في كثير من نصوصه الجوهرية . ويكفي الرجوع إلى النصوص المتعلقة بالدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية والالتزام الطبيعي والشرط الجزائي والحل والسبب والاشتراط لمصلحة الغير والتضامن وعمل الفصولي . والحياة ، لتبين أن هذه النصوص قلقة غامضة لا تخلص إلى معنى مستقر ثابت . أما التناقض . ما بين أحكام التقنين القديم فهو أمر غير نادر الوقوع . إذ بينما يحمل المشتري تبعه الهلاك في بيع التليات قبل التسليم ، نرى البائع هو الذي يحمل هذه التبعة بوجه عام . وقد سائر التقنين القديم التقنين الفرنسي في الأولى ، ونقل عن الشريعة الإسلامية في الثانية . وبينما لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت لغيره من المدينين المتضامين ، إذا به يجوز له أن يتمسك بها بقدر حصته في الدين . وفي الوقت الذي يميز فيه التقنين القديم الاشتراط لمصلحة الغير دون قيد ، إذا به يقرر في عبارة عامة وفي غير احتراز أن العقود لا تترتب عليها منفعة لغير عاقلها . وينزل بالحد الأقصى للفوائد الاتفاقية إلى ٩ في المائة ، ولكنه يرتفع به في عقد القرض إلى ١٢ في المائة . ولم يسلّم التقنين المدني الوطني من أن يتناقض في بعض أحكامه مع التقنين المدني المختلط . فالتقنين الوطني يشترط في حوالة الحق رضا المدين ، ويكتفي التقنين المختلط بإعلانه . ويبيح التقنين الوطني بيع

المحصلات قبل أن تثبت ، ويحرم التقنين المختلط هذا البيع . ويجعل التقنين الوطنى أقصى مدة الاسترداد في بيع الوفاء خمس سنين ، ويقص التقنين المختلط هذه المدة إلى سنتين .

وهناك سلسلة من الأخطاء وقع فيها التقنين القديم ، منها أنه أغفل أهم شرط في المثلث بالتقادم القصير . وهو شرط حسن النية . وهل أحكام بيع المريض مرض الموت عن الشريعة الإسلامية فوقع في غلطتين : نظر إلى مال البائع وقت البيع والصحيح أن ينظر إليه وقت الموت . وقضى بأن المبرة بقيمة المبيع والصحيح أن المبرة بالقدر الحجابى به . وقرر أحكاماً غريبة في التفقات قلها عن القانون الفرنسى وهى تنافر مع أحكام الشريعة الإسلامية . فجعل الزوجة تنفق على زوجها ، بل تنفق على زوجة أبى زوجها . وذكر أن ملكية المبيع للمين بالنوع تنتقل بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالتعيين . وجعل الشرط الجزائى التزاماً تخييرياً ، والصحيح أنه يخرج من نطاق الالتزامات التخيرية . ورتب على الوفاء مع الحلول أن الدين ينقضى ويحل محله دين جديد ، والصحيح أن الدين يبقى مع انتقاله إلى دائن جديد . وزعم التقنين المدنى المختلط أن القسمة منشئة للحق ، والصحيح أن القسمة كاشفة لا منشئة .

العيوب الشكلية :

وفي التقنين القديم — إلى هذه العيوب للوضعية — عيوب شكلية ترجع إلى تبويبه وإلى ازدواج لفته . فتبويبه واضح العيوب . إذ هو يجمع في كتاب أول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية ، وكان الواجب فصل الأموال عن الحقوق العينية ، فالأموال محل للحقوق العينية وللحقوق الشخصية على السواء . ويفصل في كتابين مستقلين بين نظرية الالتزام والعقود للمساء ، ولا محل لهذا الفصل ، فالعقود المساء تتصل بنظرية الالتزام أوثق الاتصال . ويخصص كتاباً رابعاً لما يسميه بحقوق الدائنين ، ويخلط فيه بين التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودقار التسجيل ، بل هو لا يذكر من التأمينات العينية الرهن الحيازى ويورده دون غيره في العقود المساء . ولا يشتمل على باب تمهيدى لمبادئ القانون وتطبيقه في الزمان والمكان ، ولنير ذلك من المسائل العامة .

وعيوب التبويب التفصيلي لا تقل عن عيوب التبويب العام . ففي الكتاب المخصص للحقوق العينية الأصلية نرى قيود الملكية واردة على أنها حقوق ارتفاق ، ولا نرى أثراً للملكية في الشيوع ولا للقسمة إلا بعيداً عن هذا الكتاب في المكان المخصص للشركات وفي قانون المرافعات (م ٧٢١/٧١١ مرافعات) . ونرى قاعدة جوهرية كقاعدة التي قضى بأن الحيازة في المنقول سند للملكية موزعة توزيعاً غريباً بين التملك بالمقد (م ٦٨/٤٦٨) والتملك بالتقادم (م ٨٦ - ٨٧/١١٥ - ١١٦) وإثبات الحقوق العينية (م ٦٠٧ - ٦٠٨/٧٣٣ - ٧٣٤) . وليس ثمة أثر لأى ترتيب منطقي أو على لوحظ في تسلسل أسباب كسب للملكية . وفي الكتاب الثانى المخصص لنظرية الالتزام نرى نظرية الالتزام في ذاته مشطورة شطرين توسلت بينهما أبواب ثلاثة خصصت لمصادر الالتزام . فالباب الأول من هذا الكتاب يتناول أثر الالتزام وما يدخل عليه من أوصاف . والباب الثانى يتناول أول مصادر الالتزام وهو المقد . والباب الثالث يخلط بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر . وهما الإثراء بلا سبب والعمل غير المشروع . والباب الرابع يفيض للمصدر الأخير للالتزام وهو القانون ، مع أن هذا المصدر هو أقل المصادر حاجة إلى الأفراد بباب مستقل ، بله الإفاضة في نصوصه . ثم يعود الباب الخامس إلى نظرية الالتزام في ذاته ، فيتناول أسباب انقضائه ورتبها ترتيباً غير منطقي . ويمضى الباب السادس في إثبات الالتزام . أما انتقال الالتزام — ولا يعرف القانون القديم منه إلا حوالة الحق دون حوالة الدين — فلا تراه في هذا الكتاب أصلاً ، وإنما تجده منزوياً في الفصل الأخير من فصول عقد البيع . وفي الكتاب الثالث الذى خصص للمقود المسماة تجدد هذه المقود قد وردت واحداً بعد الآخر في غير ترتيب واضح . فيأتى بعد البيع الإيجار وهو يمزج ما بين إيجار الأشياء وعقد المقاولة وعقد العمل . ثم يرد عقد الشركة فقد العارية ويمتزج فيه القرض بعارية الاستعمال . وهكذا تتتابع المقود دون ترتيب ، فنخلص من الوديعة إلى الكفالة ، ثم إلى الوكالة ، فالصلح ، فمن الحيازة ، فالفاوقة ! أما الكتاب الرابع فقد قلنا أنه مزيج غريب يجمع ما بين حق الدائن العادى في التنفيذ على أموال مدينه ، ومن ثم ترد إشارة إلى الدعوى البولصية (م ٦٨٠/٥٥٦) ،

والتأمينات العينية ، وهذه لا ترد كاملة ، فالهن الحيازي يرد في العقود المسماة كما رأينا ، وقواعد التسجيل القديمة ، وترد تحت عنوان إثبات الحقوق العينية ، ثم أحكام تفصيلية في دفاتر التسجيل .

وليس الأمر مقصوراً على التبويب العام والتبويب التفصيلي ، فإن الترتيب الداخلي لأحكام كل باب وكل فصل لم يراع فيه تسلسل منطقي أو اعتبار عملي ، ولا حاجة للخوض في ذلك .

أما ازدواج لغة التقنين القديم فأمره مشهور . وضع هذا التقنين في الأصل باللغة الفرنسية ، ثم ترجم إلى اللغة العربية ، فكان من ذلك أن وجد أمام المحاكم الوطنية نص أصلي - يقابله نص رسمي ، وكثيراً ما يتناقض النصان . مثل ذلك التدليس ، يشترط النص العربي أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين ولا يشترط النص الفرنسي ذلك ، والصحيح هو النص الفرنسي ، فقد أراد المشرع المصري أن يتجنب عيباً في القانون الفرنسي بأن يحمل التدليس الصادر من الغير كإكراه الصادر من الغير عيباً في الرضاء . وإعذار المدين ، يقرر النص العربي أن الإنذار فيه يجب أن يكون رسمياً ولا يتطلب النص الفرنسي ذلك ، والصحيح هنا هو النص العربي . والوفاء مع الحلول ، لا يشير النص العربي فيه إلى دين جديد يحل محل دين قديم ويصرح النص الفرنسي بذلك ، والصحيح هنا أيضاً هو النص العربي . واسترداد الحصة الشائعة ، لا يشترط النص العربي في الشركاء أن يكونوا أصليين ويشترط ذلك النص الفرنسي ، والصحيح هو النص الفرنسي ^(١) . فأتت ترى قدر الاضطراب الذي يقع من ازدواج لغة التشريع ومن عدم اضطراب القاعدة في الأخذ بأى النصين ، فتارة يؤخذ بالنص العربي ، وأخرى بالنص الفرنسي . هذا إلى أن الترجمة العربية ، وهي النص الرسمي ، يقع كثيراً أن تكون ترجمة خاطئة لم تتحرر

(١) انظر أيضاً في التقنين الوطني المادتين ٨٤ و ٨٥ وهما خاضعتان بوقف سريان المدة ، والمادة ١٣٤ وهي خاصة بالنلط ، والمادة ٢٧٠ وهي خاصة بتسجيل عقد اليم .

الفئة فيها^(١)

ب) التقيح الشامل :

هذه هي عيوب التقنين القديم أشرنا إليها في إيجاز لأن الكثير منها معروف . وتقنين على هذا القدر من السيوب لا يجوز التردد في القول بوجود تنقيحه ، وبتنقيحه تنقيحاً شاملاً . فالتقيح الجزئي لا يمدى في إصلاح عيوب انتشرت في جميع ثنايا التقنين ، وشاعت في كل أجزائه . وقد كان التقيح الشامل هو المبدأ المقرر في جميع اللجان التي توالى على تنقيح هذا التقنين ، يبرز هذا في وضوح من الرجوع إلى أعمال هذه اللجان ، ومن الرجوع إلى اللدكرة الرسمية التي كانت أصلاً في تأليف اللجان جميعاً .

والتقنينات متى قدمت ، وطال بها العهد ، واختلف عليها الزمن ، لا يمدى فيها الترقيع . وبحسبك أن تنظر إلى التقنين المدني النمساوي ، وقد وضع في سنة ١٨١٠ ، ثم فتح تنقيحاً جزئياً في أوائل الحرب العالمية الأولى ، تراه رثاً مهلهلاً بظالمك فيما بين ثناياه القديمة البالية بقطع مرقمة تلح فيها الجلبة ، فتعجب من هذا الازدواج الغريب ما بين القديم والجديد ، وفجؤك منه ضروب من المفارقات وانعدام التنسيق والانسجام . وهذا هو السر في عدم انتشاره وجهل الناس به ، مع أنه من أهم التقنينات الجرمانية . ويكفي

(١) انظر أمثلة تلك في التقنين الوطني المواد ٩٤ و١٣٤ و١٣٥ و١٣٦ و١٣٧ و١٤٣ و١٦٧ و١٩١ و٢٠٩ و٢٦٦ و٢٦٧ و٢٧٠ و٢٨٣ و٤٩٩ و٥٣٨ و٥٣٩ (الفوض) - ٨٤ و٨٥ و٩٥ و١٣٦ (الخطأ) . هذا إلى أن النص العربي قد تقيح فيه عدم الدقة في التعبير وركاكة الأسلوب . والأمثلة على ذلك كثيرة فالإنشاء لفظ يراد به الإعلان (٤٨م و٥٣ و٤٦٠) ، والفصل هو الفصل التأني (٤٣م) ، والمباوضة هي المفاوضة (٣٦م وما بعدها) ، والميرى هو الدولة (٩م و٣٠ و٥٧ و٦٤) ، ووضع اليد هو الاستيلاء (٤٤م) ، وإضافة الملحقات الملك هي الالتصاق (٤٤م) ، والمباين هو المائن (٥٣م و١٦٤ و١٩٨ و٢٠٩ و٤٦١) ، والمشارطة هي الضد (١٢٨م و١٣١ و١٣٢ و١٣٥ و١٣٨ و١٤١ و١٤٢ و٣٦) ، والمزومية هي الالتزام (٣٠٢م) . ويرى التأني القديم عن الشيء الذي لا يفترض فيقول : « لا يحكم فيه بالظن » (١١٤م) ويقول : يحصل ويستحصل بدلاً من يحصل (١١٧م و١١٨ و١٢١ و١٦٦ و١٧٩ و١٨٧ و٢١٥ و٢١٦ و٢٨٠ و٢٨٤ و٢٩٠ و٣٠٥ و٣٠٦ و٣٠٩) ، ويرى السيد يستقدم الخادم استقداماً خلاصاً بأن السيد « قد استعصر الخادم بالخصوص » (٤٠٣م) الخ .

أن تقارن بينه وبين التقنينين الجرمانيين الآخرين ، الألماني والسويسرى ، حتى تتبين أنهما ييزانه كثيراً فى التماسك والانسجام ، وإحكام الحبك ، وكال الصنعة .

وقد عمد واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى إلى التفتيح الشامل دون التفتيح الجزئى ، ظلموا على الناس بآثر تشريعى جليل . وهكذا صنع الإيطاليون عند ما فتحوا تقنينهم للمدى فى العهد الأخير ، فجاء تقنينهم شاملاً جامعاً . وهذا هو ما اعتزم الفرنسيون أن يصنعوا ، فهم اليوم ينقحون تقنينهم للمدى المتيق تنقيحاً شاملاً ، بدأوا العمل فيه منذ سنة ١٩٤٥ — فإذا كان كل من التقنين الإيطالى والتقنين الفرنسى فى هذه الحاجة إلى التفتيح الشامل ، وقد فتح أولها فصلاً وأخذ الثانى طريقه إلى التفتيح ، فما أولى التقنين المصرى بالتفتيح الشامل وهو الذى جمع إلى عيوبه القاتية عيوب الأصل الذى حاكاه .

والآن وقد تم التفتيح ، واستوى التقنين الجديد متخذاً مكانه بين التقنينات الحديثة ، أيريبك منه أن جاء تنقيحه تنقيحاً شاملاً ؟ وهل كان يجرى فيه التفتيح الجزئى ؟ وأين كانت النصوص الجديدة تجد مكانها بين نصوص التقنين القديم ، وهى لا تقتل فى العدد عن هذه ، وكلها بين نص واضح الضرورة ونص يحقق النفع ؟ ثم أما كان التفتيح الجزئى يفرض بقاء التقنين على تقسيمه القديم بما حواه من عيوب ، وعلى تبويبه الأصل بما شابه من نقص ، وعلى ترتيبه المهود بما اعتوره من خلل !^(١) .

(١) وقد عرمت « لجنة القانون المدنى » لمجلس الشيوخ لهذه المسألة فى تقريرها القيم الذى رفته للجلسة ثلثت : « وبراعى من ناحية الموضوع أن مدى الإضافة وبلغ التفتيح فى الأحكام التفصيلية هما الصهران اللذان يتحكمان بصفة هائلة فى أمر الفاضلة بين الأسلوبين المتقدم ذكرهما (التفتيح الشامل والتفتيح الجزئى) . فالتقنين الحالي لم يضمن إشارة إلى حكم تعاقب التشريعات فى الزمان ، ولم يفرّد لتنازع القوانين سوى مواد ثلاث . لإحاطتها تعلق بالوارث والثانية بالوصايا والثالثة بالأهلية . ولم يقتتل على قواعد عامة فى شأن الشخصية المعنوية ، ولم يورد أحكاماً عامة أو خاصة فى صدد حوالة الدين أو عقود المتاورلات أو التزامات المرافق العامة أو عقد العمل أو المكر أو إيجاب الوقت أو تنظيم الإعصار أو تصفية التركات . وإذا لوحظ أن المواد التى تنظم هذه المسائل يربى عددها فى المشروع على نصف عدد مواد التقنين الحالي القديم وأن الارتباط بينها وبين سائر المسائل التى يقاومها التقنين المدنى لا يسوغ معه استصدار تفسيرات عامة بالنسبة إليها ، رجعت كفة التعليل الشامل على نحو لا سبيل إلى الشك فيه . وثمة موضوعات =

ب) الظروف التي نبت فيها فكرة التمتع :

نبتت فكرة تنقيح القوانين للدنى منذ عهد بعيد. وقد كان التقنين القديم منذ صدورده محلاً لتعديلات جزئية متفرقة^(١).

وألفت لجنة أثناء الحرب العالمية الأولى للنظر في إلغاء الامتيازات الأجنبية ، وكان فيها فكرت فيه تنقيح القانون للدنى .

== أخرى أجل التقنين الحالى (القديم) الأحكام المتعلقة بها إجمالاً أدخلت معنى الاقتضاب ، كتكوين القند والدعوى البولية والاشتراط لمصلحة الغير والمسئولية التقاعدية والمسئولية التقصيرية والحراسة والملكية الشائعة وملكية الطابق ورمن الحيازة وحق الاختصاص . وتخصيل مثل هذه الأحكام على تشعبها لا يعمد فيه أى تعديل جزئى إلا إذا أريد التناقص عما يلايسها من عبء فى غير حاجة أو مصلحة . والواقع أن الأمر لا يتعلق بمجرد التفصيل لزيادة الإيضاح أو إزالة الإبهام ، ولكنه يصل باستكمال أحكام ترتب على قصورها فى كثير من الأحيان اختلاف المحاكم واضطراب العمليات . ومن المحقق أن حسم هذا الخلاف من طريق التنويه صراحة بالمحكم لا يجسر مع تعدد الحالات وكثرتها على الوجه الذى تقدمت الإشارة إليه إلا بالتعديل الشامل . وقد راعت اللجنة فضلاً عن ذلك أن التعديل الشامل يبين على إعادة تبويب القانون تبويماً منطقياً يبرز نواحي الارتباط والتقابل بين الموضوعات وييسر الجمع بين أماراف مسائل انتشرت أحكامها فى التقنين الحالى دون نظام رغم ما بين أجزائها من وثيق الصلات . فبهذا التعديل الشامل تيسر للمشروع أن ينجح هذا التبعج المطلق المتسق فى التبويب ، وأن يؤصل الأحكام المتعلقة بالحيازة والحق فى الجس والدفع بعدم التنفيذ والنيابة فى التقاعد وحقوق الارتفاق وحقوق الامتياز . ففى ذلك ما يبين على تقريب الأحكام من الأذهان وييسر فهمها وتطبيقها . (مجموعة الأعمال التصديرية ١ ص ١٢٤ — ١٢٥) .

(١) ومن أقدم هذه التعديلات ما قضى به الأمر الحالى الصادر فى ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ من تحويل حق أصحاب الألبان الحراجية إلى ملكية عامة . وكذلك الأمر الحالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ بشأن الترع والجسور العمومية والساق الخاصة ، وهو قانون مكمل للتقنين الذى لا مبدل له . وصدر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ أمر عال ينقش سمر القوائد الثانوية إلى ٥٪ فى اللواد المدنية (وكانت ٧٪) وللى ٧٪ فى اللواد التجارية (وكانت ٩٪) ، ثم صدر مرسوم بقانون فى مارس سنة ١٩٣٨ ينقش سمر القوائد الافاقية إلى ٨٪ مع جواز خفضها إلى ٧٪ بمقتضى مرسوم . وصدر أمر عال فى ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ يعدل التقنين المدنى المختلط فىلنى الرهن الضام ويستعيز عنه بحق الاختصاص ، وصدر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ (بالنسبة إلى القانون المختلط ، وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة إلى القانون الوطنى) قانون مستقل يعدل أحكام الشفعة — انظر أيضاً ذكره ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بتعديل المادة ٧٤١ مختلط الخاصة بقيد الديون المنتزة على القطار ، وقانون رقم ٢٧ سنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٥٤ مختلط الخاصة بحق الجبرى والمسبل ، وقانون ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٦٦٨/٥٦٨ الخاصة بالقوائد التى يضمنها قيد الرهن . وصدر قانونان رقم ١٨ ورقم ١٩ سنة ١٩٢٣ لتعديل أحكام التسجيل ، وقانونان رقم ٤٩ ورقم ٥٠ سنة ١٩٢٣ لإبطال بيع الوفاء الذى يعنى رهن حيازة ، وقانون رقم ٤٨ سنة ١٩٣٣ يلح البحر وأكله ، وقانون رقم ٢٩ سنة ١٩٣٣ لحماية البائن المرتن .

على أن التقيق الشامل لم يكن محلاً للتفكير في تلك المهود . ولكن التطورات العميقة التي ساقها الحرب العالمية الأولى ما لبث أن جعلت هذه المسألة الخطيرة تطرح على بساط البحث . فناقشها كبار المشتغلين بالقانون للمصرى من الأجانب في ذلك الوقت ، نذكر منهم أربعة : الأستاذ بيولا كازيلي^(١) والأستاذ مسينا^(٢) والأستاذ والتون^(٣) والأستاذ بوايه^(٤) . فكان الأولان من خصوم التقيق الشامل ، والأخيران من أنصاره^(٥) .

وأول تصريح رسمي حاسم في اعتزام الحكومة تعديل التقنين المدني والتقنينات الأخرى تعديلاً شاملاً ورد في الخطاب الذي ألقاه وزير الحفانية في عيد الاحتفال الخمسيني بالحكام الوطنية في سنة ١٩٣٣^(٦) . وعلى أثر ذلك انطلق الشعور العام الذي كان سائداً في ذلك الوقت بين رجال القانون من المصريين ، فنادوا بوجود تقيق التقنين المدني تقيقاً شاملاً^(٧) .

ثم توالى الأحداث السياسية ، وأخذت الحرب العالمية الثانية تقرب ، ومال الإنجليز إلى عقد معاهدة مع مصر استعداداً لهذه الحرب . وقبل أن تقعد معاهدة سنة ١٩٣٦ ، توقفت

(١) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٩ عدد ٤٢ وسنة ١٩٢١ عدد ٥٧ .

(٢) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢١ عدد ٥٩ .

(٣) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٦ عدد ٢٦ .

(٤) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣٠ ص ٢٧ — ص ٢٩ .

(٥) انظر تفصيل ذلك في مقال لنا نشر في مجلة القانون والاقتصاد في تقيق القانون المدني (السنة السادسة العدد الأول) وهو المقال الذي سبقت الإشارة إليه .

(٦) وقد جاء في هذا الخطاب ما يأتي : « أما من حيث التشريع فإن القوانين التي وضعت عند إنشاء المحاكم الأهلية قد نالها الكثير من التعديل والتهذيب لتكوين ملائمة لحالة البلاد وتطورها . وهناك في صراجتها كلها وتعديل ما يجب تصديده منها حتى تضارع أحسن القوانين في البلاد المتقدمة ، وستؤلف لجنة خصيصاً لهذا الغرض من رجال خبيرين أكفاء » (انظر الكتاب الديهي للعيد الحسيني للحاكم الوطنية ص ٧)

(٧) وقد عبر المقال الثاني نمرناه بمناسبة العيد الحسيني للحاكم الوطنية في وجوب تقيق القانون المدني عن هذا الشعور ، فجاء فيه ما يأتي : « وإذا كان خصوم التقيق وأنصاره من الأجانب متأثرين باعتبارات مختلفة ، فنحن نحب أن يكون لمصر صوتها في هذا الشأن الخطير ، ونعتقد أننا نعب بأمانة عن رأي المصريين المشتغلين بالقانون إذا قلنا إن التقنين المدني للمصرى في أشد الحاجة إلى تقيق شامل جامع » .

الوزارة التي كانت قائمة في الحكم إذ ذاك — وزارة على ماهر (باشا) — أن هذه للماهدة لابد أن تعرض للامتيازات الأجنبية ، وأن تقضى بالنائها . فقدرت بحق أن إلنا هذه الامتيازات يقتضى تعديل التقنيات للصيرية التي وضعت على عجل وقت إنشاء المحاكم المختلطة ، وقلت فلا يكاد يكون حرقاً إلى المحاكم الوطنية عند إنشائها . فأخذت للأمر أهتبه ، وشكلت لجنتين ، إحداهما لتعديل التقنين المدني والتقنين التجارى وتقنين المرافعات ، والأخرى لتعديل التقنين الجنائى وتقنين الإجراءات الجنائية .

٢ — كيف حققت فكرة التنقيح

(اللجان التي تعاقبت على تنقيح القانون المدني)

اللجنة الأولى :

وكل إذن إلى إحدى اللجنتين اللتين أشرنا إليهما تنقيح القانون المدني تنقيحاً شاملاً . وكانت هذه اللجنة برئاسة مراد سيد أحمد (باشا) ، وأعضاؤها سبعة غير الرئيس ^(١) وقد شكلت بقرار من مجلس الوزراء صدر في أول مارس سنة ١٩٣٦ . وحدد المجلس عامين للجنة لكي تتم في خلالها أعمالها ، واشترط تفرغ أعضاء اللجنة ومعاونيهم للمهمة التي نيطة بهم تفرغاً تاماً في نظير مكافآت مالية تعوضهم عن جهودهم .

وعقدت اللجنة الأولى في اللدة ما بين ٢١ من مارس سنة ١٩٣٦ ، تاريخ افتتاح عملها الرسمي ، و ٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ ، تاريخ حلها ، عشر جلسات وزعت في خلالها العمل على الأعضاء ، وانتهت إلى إقرار بعض النصوص التمهيدية في القانون المدني على أساس المشروع الذي تقدم به الأستاذ لبنان دى بلفون أحد أعضائها ، وهي تتعلق بمصادر القانون وينتازع القوانين . وقد استبقى للمشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد من هذه النصوص

(١) ومم صليب سلى (باشا) وموسيو لبنان دى بلفون ومسترى جراهام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريس دى فييه وموسيو القريمو اسكولى وعبد الرزاق أحمد السهورى (باشا) .

أربعة هي المواد الأولى فيه ، وكذلك استبقى مشروعاً قدمه للجنة الأستاذ لينان دي بلفون في الأشخاص المعنوية والجمعيات وللمؤسسات بعد إدخال بعض تعديلات فيه .

ولكن اللجنة الأولى لم تكند تقضى في عملها شهرين حتى صدر قرار من مجلس الوزراء في ٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ بحلها اقتصاداً في النفقات ! وكان ذلك على أثر تغير الوزارة . وقد أنجزت هذه اللجنة — عدا النصوص التمهيدية في القانون للدنى التي سبقت الإشارة إليها — ما يقرب من ثمانين مادة من القانون التجارى تتعلق كلها بالكيفية وأوراق الصرف (١) .

اللجنة الثانية :

وبقى العمل معطلاً بعد حل اللجنة الأولى إلى أن صدر في ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية برئاسة كامل صدقي (باشا) ومعه عشرة

(١) ورد في مذكرة لوزير العدل تقدم بها إلى مجلس الوزراء في ١٦ يونيو سنة ١٩٣٨ (ستعود إليها فيما يلي) عن هذه اللجنة الأولى ما يأتي : « في ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ تقدمت وزارة الحفانية إلى مجلس الوزراء بمذكرة نوهت فيها بما تحسه البلاد من تخلف قوانينها المدنية والتجارية عن مسيرة التقدم الاجتماعى ، وبالرغبة المتزايدة في توحيد التشريعات الأهلية والمختلطة . وأشارت بوجوب تنقيح تلك القوانين وتأليف لجنة خاصة يهده إليها بهذه المهمة . وقد وافق مجلس الوزراء على هذه المذكرة ، وقرر في أول مارس سنة ١٩٣٦ تأليف اللجنة التي اقترحتها وزارة الحفانية وأطم ظالمها على الأسس الثلاثة الآتية : تحديد مدة للاثان من السل ، وتمرغ الأعضاء وأعوانهم له ، ومكافأتهم على جهودهم . والواقع أن مجلس الوزراء في هذا العهد كان بصيراً كل البصر بنظر هذا العمل التشريعى وما يقدر لآثاره من الخلود ، وكان مدركاً تمام الإدراك أن حرس القانون به على بلوغ الكمال أو الدونته قد يفرهم جعم التقيد بزمان معين للفرغ من مهمتهم . ولما كانت حاجة البلاد إلى الإصلاح التشريعى قد بلغت في الحاحها مبلغاً لا يتجيب الإسراف في الأناة ، فقد حدد قرار مجلس الوزراء عشرين لجنة لى تم في خلالها أعمالها . وإذ كانت هذه المدة قصيرة بالنسبة لجسامة العمل الذى أسند إلى اللجنة ، فقد اتخذت الإجراءات التي تكفل لإتمامه على الوجه الأكمل رغم قصر الأجل ، فاشترط أولاً تمرغ أعضاء اللجنة ومعاونهم للهمة التي نيظت بهم فرغاً تاماً . فلك تقرر منهم من القيام بأعمال وظائفهم الأهلية من طريق الانتداب الكامل ، كما حرم على أصحاب المهن المرة منهم أن يزاولوا مهنتهم . ولما كان هذا العمل يتطلب رغم التفرغ جهداً إضافياً من القانونين به ، فقد قرر مجلس الوزراء منح أعضاء اللجنة وأعوانهم من السكرتيرين القانونيين والإداريين مكافآت مالية تعوضهم عن جهودهم ويمنحهم على الحرس على إتمام العمل في الأجل المضروب . وعلى هذه الأسس الثلاثة : تمديد الزمن والتفرغ والمكافأة ، تم تشكيل اللجنة ... » .

أعضاء^(١)، على أسس تناير الأسس التي قامت عليها اللجنة الأولى ، فلم تحدد لنهاية العمل مدة وألغى نظام التفرغ والمكافآت . وقد خرج من اختصاص هذه اللجنة قانون المرافعات المدنية ، وعهد إليها فضلا عن القانون المدني وقانون التجارة البرى والبحرى ، بوضع قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

وعقدت اللجنة الثانية في اللدة ما بين ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ تاريخ تشكيلها و ٢١ من يونيه سنة ١٩٣٨ تاريخ حلها ما يقرب من عشرين جلسة ، انتهت فيها إلى اللواقعة على النصوص التمهيدية والنصوص المتعلقة بالموطن والشفقة والكفالة . وقد استبقى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد من هذه الأعمال النصوص المتعلقة بالشفقة بعد مراجعتها والنصوص المتعلقة بالكفالة بعد إدخال تعديلات جوهرية فيها^(٢) .

(١) وم صليب سلى (باشا) وعبد الفتاح السيد (بك) ومصطفى الشورى (بك) وعبد فؤاد حسنى (بك) والمتر مرسى جراهام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريس دى فييه وشيفالييه اعطونيو بنتا وموسيو ليون ياسار وموسيو فان أكر .

(٢) وقد ورد في مذكرة وزير العدل التي تقدم بها إلى مجلس الوزراء في ١٦ يونيه سنة ١٩٣٨ عن هذه اللجنة الثانية ما يأتى : « في ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ قدمت إلى مجلس الوزراء مذكرة أشارت إلى أن لجنة تعديل القوانين المالية والتجارية تكلف الدولة عبئا مالياً باهظاً ، فهي تكبد الخزانة ما يربو على ٤٨٠٠٠ جنيه . وانتهت إلى وجوب إعادة تشكيل اللجنة على أسس تناقض الأسس الأولى ، فلم تحدد لنهاية العمل مدة ، وألغت نظام التفرغ ، وألغت المكافآت . ثم صدر في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية .. على أن عقد مقارنة عاجلة بين اللجنتين تتيح الوقوف على عيب الأسس التي قام عليها نظام اللجنة الثانية . ففي حين أن اللجنة الأولى أبدت نشاطاً فذاً في عملها ، إذ عنتت في مدة شهرين عشر جلسات أعت في خلالها ما يقرب من نصف القانون التجارى فضلا عن بضع نصوص القانون المدنى ، نجد أن اللجنة الثانية بطيئة في عملها ، لم تصدق خلال ما يقرب من عامين إلا عشرين جلسة ، ولم تنته إلا من تعديل أجزاء معدودة من التقنين ، هي النصوص التمهيدية ، والنصوص الخاصة بالموطن . والواقع أن هذا الفارق البعيد لا يرد إلا إلى أن اللجنة الثانية أقيمت على أساس اعتبار مهمة التعديل التشريعية مهمة ثانوية يتولاها الأعضاء فضلا عن أعباء أعمالهم العادية دون مقابل . لذلك لم ينجح لها الإكثار من الكفايات الفقهية والمكافيات التي توفرت على خبرة خاصة بشؤون التقنين . ثم إن شعور الأعضاء بتفضلهم بذلك العمل لم يكن ينفق مع تحديد فترة معينة يمتون في خلالها مهمتهم . بيد أن تجربة الأمم التي سبقت مصر في ميدان التقنين قد دلت على أن هذا العمل يجب أن يمدد له أجل معين ، وبفضل الأجل التصبر في هذه الأحوال ، لأن الروابط الاجتماعية في تطور مستمر ، فلو أميل أجل التعديل لتدبر أن يظل متخلفاً عن كل ما يستجد من ظروف الحياة . ولعل الوقوف عند ضرورة تحديد الأجل وقصره يقضى لازماً إلى وجوب تفرغ من يعهد لأبهم بشأن التقنين لهذه المهمة ووجوب توفرهم على ماتطلبه من كفايات خاصة » .

اللجنة الثالثة والمؤتمرات :

وفي ١٦ من يونيو سنة ١٩٣٨ تقدم وزير العدل أحمد خشبة (باشا) - وكانت الوزارة قد تغيرت - بمذكرة إلى مجلس الوزراء أبان فيها أن اتجاه المشتغلين بصناعة التشريع يكشف عن ضعف إيمانهم بصلاحيات نظام اللجان للبدء بأعمال التقنين ، كما أن التجربة في أكثر البلاد تقطع بفسادها وبأفضلية إسناد مهمة وضع التقنين إلى أحد رجال القانون ، حتى إذا فرغ من وضع مشروع تمهيدى طرح هذا المشروع على رأى العام ، فإذا اجتمعت ملاحظات الأفراد والهيئات عليه عهد به إلى لجنة تتولى مناقشته وتقوم عوجه . واقترح وزير العدل أن يعهد فى وضع المشروع التمهيدى للقانون المدنى إلى اثنين من المشتغلين بالقانون يختار أحدهما من المصريين والآخر من الأجانب ، على أن يتفرغا لعملهما ويتياه فى مدى ستة شهور .

وفى ٢١ من يونيو سنة ١٩٣٨ وافق مجلس الوزراء على ما جاء بمذكرة وزير العدل ، خلقت اللجنة الثانية بهذا القرار . وفى ٢٨ من يونيو سنة ١٩٣٨ أصدر وزير العدل ، تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء ، قراراً بإسناد مهمة وضع للمشروع التمهيدى للقانون المدنى لاثنتين من رجال القانون ، أحدهما الأستاذ إدوار لامبير من أكبر رجال الفقه فى فرنسا ، والثانى مؤلف هذا الكتاب^(١) .

وإلى هذا الإجراء الحكيم الذى اتخذته وزير العدل - لجنة قليلة العدد لا تتجاوز اثنين

(١) جاء فى تقرير «لجنة القانون المدنى» لمجلس الشيوخ ما يأتى (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢١) : « ولقد بدأت الجهود فى تعديل القانون المدنى منذ سنة ١٩٣٦ . وفى تلك السنة شكلت أول لجنة . وفى سنة ١٩٣٨ نالت وزارة العدل (بمضرة صاحبالمالى) عبد الرزاق السنهورى (باشا) مهمة وضع مشروع لتعديل القانون المدنى . وفى سنة ١٩٤٢ تم إعداد المشروع ، وقدمته وزارة العدل لى رجال القضاء وأساخته القانون وسائر الهيئات للدلاء بالرأى فيما تضمن من أحكام » . ولم يرد فى التقرير ذكر الأستاذ إدوار لامبير . وإذا كان الفقيه الفرنسى الكبير لم تواته الفرصة أن يقيم فى مصر مدة طويلة ، إلا أنه اشترك اشتراكاً جدياً فى الأعمال الأولى ، ونام وحده بوضع نصوص الباب التمهيدى ونصوص عقود القاتولة والزام المرافق العامة والعمل والتأمين . ونام ببقية العمل - فيا عدا ما سبلى يانه - مؤلف هذا الكتاب .

تمنح لعلها تفرغاً تاماً^(١) — يرجع الفضل في إنجاز المشروع التمهيدى في قرابة عامين ، وقد بلغت مواد هذا المشروع ١٥٩١ مادة ، وتم طبعه في سنة ١٩٤٢^(٢) . وعرضته وزارة العدل للاستفتاء على رجال القضاء وأساتذة القانون ومختلف الهيئات القانونية والمالية ، وظل معروضاً للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات^(٣) .

(١) وقد عاون اللجنة الدكتور حلمى بهجت بدوى فاشترك في أعمالها الأولى ، ثم جلت ظروف قطعه عن العمل ، والأستاذان استقويت وسامى اللذان كانا عضوين بالحكام المختلطة ، فوضع الأول منها المشروع الابتدائى لباب الحاس بإثبات الالتزام ولتفصل الحاس بعد الصركة ، وعاون الثانى في وضع النصوص الخاصة بتنازع التواخين من حيث المكان .

وتألفت سكرتارية فنية للجنة قوامها : الدكتور سليمان مرقص وقد اشترك في أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بتضم الأشياء وعقود الترض والمارة والوديعة ، والأستاذ عبده محرم (بك) وقد اشترك في أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بالحراسة ، والدكتور محمد زهير برة وقد وضع المشروع الابتدائى لعقود الصلح والإيراد المؤقت والرهان والقائمة ، والدكتور شفيق شحاته وقد اشترك في أعمال المراجعة وبخاصة ما يتعلق منها بالفقه الإسلامى . ووضع مشروعاً أولياً للنصوص الخاصة بمجالة الدين الأستاذ محمد صادق فهمى (بك) ، أعادت اللجنة النظر فيه ، وراجحته مراجعة شاملة .

واستعانت اللجنة في بحث القضاء الوطنى بفريق من قضاة المحاكم الوطنية هم الأستاذة محمد عزمى (بك) وعبده محرم (بك) وأحمد زيد (بك) وعبده العزيز محمد (بك) ونجيب أحمد (بك) .

(٢) وضع مؤلف هذا الكتاب المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في أجزاء أربعة . وقد وضع الجزء الثانى منها الحاس بنظرة الالتزام باللغة الفرنسية حتى يفهم علماء القانون الأجانب عمل اللجنة في أهم جزء منه . وترجم هذا الجزء إلى اللغة العربية الدكتور حسن أحمد بنفادى ، كما عاون في وضع الجزء الأول الحاس بالباب التمهيدى مستفهماً بما تركه الأستاذ لاميير من مذكرات في هذا الباب .

(٣) أجرت وزارة العدل استفتاء واسعاً في المشروع التمهيدى ، وأرسلته للدلاء بالرأى فيه إلى محكمة النقض محكمة الاستئناف المختلطة والمحاكم الاستئنافية والكلية الوطنية والمختلطة ورجال النيابة الوطنية والمختلطة وأقسام قضايا الحكومة وقائى المحامين الوطنية والمختلطة وكلينى الحقوق بجامعة فؤاد وجامعة فاروق ومدرسة الحقوق الفرنسية ووزراء ووكلاء وزارة العدل السابقين وبنك مصر والبنك الأهلى والبنك الزراعى وبنك التسليف الزراعى وطائفة من رجال القانون المروفين منهم الرؤساء والوكلاء السابقون لمحكمة النقض وإدارة قضايا الحكومة .

وقد درس المشروع في هذه الهيئات . وأرسل الكثير بما عن لهم من الآراء فيه . وتقدمت محكمة النقض بملاحظاتها فدرستها « لجنة القانون الدنى » بمجلس الشيوخ . وعنى بدراسة المشروع التمهيدى بنوع خاص محكمة الاستئناف المختلطة برئاسة المستشار برمتون ، ومحكمة مصر الكلية الوطنية برئاسة الأستاذ أحمد حلمى (بك) ، ومحكمة النيا الكلية الوطنية برئاسة الأستاذ محمد عزمى (بك) .

وتفضل عميد رجال القانون في مصر الأستاذ الكبير عبد العزيز فهمى (باشا) فنى بمراجعة جميع نصوص المشروع مراجعة دقيقة شاملة .

وفي ٢٩ من مارس سنة ١٩٤٥ شكلت لجنة برئاسة مؤلف هذا الكتاب وعضوية أربعة من رجال القانون^(١)، تعاونها هيئة فنية^(٢)، لمراجعة المشروع في ضوء ما تم من الاستفتاء وما قدم من الملاحظات. وحدد لها موعد ستة أشهر لإنجاز مهمتها. وقد عقدت لجنة المراجعة هذه أولى جلساتها في أول أبريل سنة ١٩٤٥ وانتهت من مراجعة المشروع التمهيدى في ٢١ من نوفمبر سنة ١٩٤٥.

وأرسل المشروع النهائى إلى مجلس الوزراء في ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٤٥^(٣)، وهو يشتمل على ١٢٥٣ مادة^(٤)، وصدر مرسوم بعرضه على البرلمان في ٤ من ديسمبر سنة ١٩٤٥^(٥).

(١) هم الشيخ المحترم مصطفى محمود الشوربجي (بك) عضو مجلس الشيوخ والنائب المحترم على السيد أيوب وكيل مجلس النواب والدكتور محمد كامل مهسي (باشا) المستشار بمحكمة النقض والأستاذ سليمان خلف (بك) المستشار بمحكمة استئناف مصر الوطنية.

(٢) وقد شكلت من الأستاذ عبده محرم (بك) مدير مكتب لجان التصريح بوزارة العدل والدكتور حسن أحمد بشندى أستاذ القانون المدنى بجامعة فاروق والدكتور سليمان مهسي أستاذ القانون المدنى بجامعة فؤاد والدكتور شفيق شحاته أستاذ القانون المدنى بجامعة فؤاد والأستاذ نصيف زكى (بك) رئيس نيابة استئناف مصر الوطنية.

(٣) أرسله وزير العدل أحمد خشة (باشا). ومن المصادفات الطيبة أن يكون هو نفسه وزير العدل الذى شكل في سنة ١٩٣٨ اللجنة الثالثة، ومى اللجنة التى أُنجزت المشروع.

(٤) وقد راعى واضع المشروع التمهيدى أن يمحطوا المشروع يشتمل من النصوص على « الحد الأدنى لما يجوز أن يدرج في تقنين مدنى حديث » حتى يسهل جد ذلك على لجنة المراجعة ان تحذف من هذه النصوص ما ترى الاستغناء عنه. وصدروا بالذكر الإيضاحية للمشروع بالبيان الآتى :

« يرى واضع هذا المشروع أن النصوص الواردة فيه هي الحد الأدنى لما يجوز أن يدرج في تقنين مدنى حديث دون أن يؤخذ عليه إسراف في التفصيل. على أن ثمة تحفظات بشأن نصوص قد يصح التساؤل عما إذا كان من الأنسب الإبقاء عليها أو حذفها. وإذا كانت هذه النصوص قد أثبتت في المشروع، فقد أريد من ذلك لى إنساح المجال للاختيار، أو لى الأخذ بالأحوط، ولا سيما أن حذف ما لا يؤنس غناء فيه أسير من إنشاء ما تقتضيه ضرورة ».

وكان من ذلك أن نزلت لجنة المراجعة بالمشروع من ١٥٩١ مادة في المواد التى كان المشروع التمهيدى يشتمل عليها لى ١٢٥٣ مادة في ما خاضعت لىه من النصوص في المشروع النهائى.

(٥) وقد عنت « لجنة القانون المدنى » بلجنة الشيخ أن تبرز في تقريرها نصيب المصريين في وضع القانون المدنى الجديد، فالت : « والآن وقد استردت البلاد سيادتها التشريعية، وأوشك أن يتنلس آخر ظل من ظلال نظام الامتيازات، يطيب لجنة أن تعرب عن عظيم اغتباطها بأن يكون القانون المدنى الجديد =

وعرض للمشروع على مجلس النواب ، بعد أن أحيل على «لجنة الشؤون التشريعية» برئاسة حضرة النائب المحترم على أيوب (بك) وكيل المجلس^(١) ، فأقره . وقد استغرق نظره بالمجلس ولجنته التشريعية زهاء ستة شهور ، من ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ إلى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٦^(٢) .

== تمييزاً مصرياً خالصاً عن هذه اليادة . فهو يعد بيد الدستور أم تم صريح وضعه المصريون أنفسهم . فعداً أعد مشروعه فقيه مصري يشغل مكانة رفيعة بين علماء القانون . وقد أدخل المصريون بالرأى فيه ، وكان هذا الرأى على تقدير ودراسة . وقد تولت مراجعته لجنة اشترك فيها من رجال الفقه والقضاء والحاماة فريق من البرزين ، وهو في هذه المرحلة الأخيرة يعرض على نواب الأمة وشيوخها لنتظر في أحكامه ، في ضوء علمهم وخبرتهم بتقاليد البلاد وأوضاعها وحاجاتها . فإذا جاوز هذه المرحلة ، أصبح القانون المدني «المصري» حقيقة ونصاً . وكان للأجيال القادمة أن تفتخر به ، وأن تعلم لمجرد العبرة والذكرى أن مصر احتلمت على مضض منها تقديراً مبعياً ، ولكنها اجتهدت واجاهدت حتى أخرجت ، بنفسها ولنفسها ، هذا التقنين الجديد » . (مجموعة الأعمال التضيرية ١ ص ١٢٢ — ١٢٣) .

(١) وأعضاء لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هم حضرات النواب المحترمين أحمد مرسى بدر (بك) ، وعزيز مشرفي (بك) ، وعلى المشختاني (بك) ، وعبد هاشم باشا) ، وعبد شوك التوني (بك) ، وعبد توفيق خشة (بك) ، وعبد المجيد الشرفاوى (بك) ، والدكتور على إبراهيم الرجال (بك) ، وعبد أمين والى (بك) ، وأحمد عبد بربرى (بك) ، ومصطفى السال (بك) ، وعبد النعم أبو زيد (بك) وحسن محمد إسماعيل (بك) .

(٢) وقد جاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ما يأتى : « بمجلة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ أحال المجلس مشروع القانون المدني على لجنة الشؤون التشريعية ، وهو أضحى عمل تشريعى قمته حكومة إلى البرلمان ، ويوق في أهميته كل ماعنده من الأعمال التشريعية ، لما له من أثر بالغ في الحياة العامة في تنظيم العلاقة بين الأفراد والجماعات . إذ القانون المدني هو الدعامة الأولى لصرح العدل في البلاد . لذلك أولت اللجنة مشروع هذا القانون أكبر قسط من عنايتها ، فشكلت من بين أعضائها ثلاث لجان فرعية لدراسة : تولت الأولى بحث الباب التمهيدي والالتزامات ، وتولت الثانية بحث العقود المسماة ، وتولت الثالثة بحث الحقوق المدنية . وقد توافرت هذه اللجان الفرعية على دراسة ما وكل إليها بمحت ، وعقدت لهذا الغرض عدة اجتماعات ، ثم عرضت نتيجة عملها على اللجنة العامة ، التي والت اجتماعاتها حتى انتهت من بحث المشروع بأ كله ، فأقرت بضم ما اقترحه اللجان الفرعية من تعديلات ، كما أدخلت على المشروع تعديلات أخرى — وقد شهد اجتماعات اللجان الفرعية والعمامة (صاحب الزرة) عبده محرم (بك) مدير لإدارة المحاكم الوطنية مندوباً عن وزارة العدل ، فالتقت منه معاونة صادقة . كما شهد هذه الاجتماعات (حضرة صاحب السعادة) الدكتور عبد الرزاق أحمد الشهورى (باشا) وزير المعارف العمومية السابق بصفته — في مبدأ الأمر — مندوباً عن وزارة العدل . وبعد استقالة الوزارة السابقة دعت اللجنة لهاوتها طبقاً للمادة ٦١ من اللائحة الداخلية... ولا يسع اللجنة ومى تختم تقريرها إلا أن تسجل الكلمة التية التي أدلى بها مندوب الحكومة (الدكتور الشهورى) بعد الانتهاء من بحث المشروع ومى : لأن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتى ما يحيطها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الترض من الرجوع ==

وأحيل المشروع بعد ذلك إلى مجلس الشيوخ ، قرر في ٣ من شهر يونيه سنة ١٩٤٦ إحالته إلى لجنة خاصة سميت لجنة القانون المدني ، برئاسة حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل (باشا) وكيل المجلس^(١) . ودرست اللجنة المشروع دراسة مستفيضة مدة عامين ، استمعت في خلالها إلى كثير من الآراء تقدمت إليها من جهات مختلفة^(٢) . وأحالت المشروع بعد أن أقرته

== إلى اللجان المختصة الحديثة أن يتصل المشروع بهذه اللجان المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكناً لا يكون مرغوباً فيه . فمن التطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، وبحياة قومية توفق صلتها بما يحيط به من ملائمت ، وما يتخلف له من مقتضيات ، فينفصل إقصاء تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أي كان هذا المصدر . وقد كان الوقت الذي يكون لمصر فيه قضاء ذاتي وقته مستغل . ولكل من القضاء والقلم ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بمطالب البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قوى يستند إلى قضاء وقته لها من الطابع الثبات ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور العالمي للقانون . . « وترحب اللجنة بهذه الفرصة الجليلة التي ستتاح للقضاء والقلم في مصر عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، في أن يجيدا المكان الصحيح للاجتهاد والاستنباط ، بعد أن اتفك عنهما غل القيد بتابعة قانون واحد معين في نصوصه التشريعية وفي قضاؤه وقته ، بل بعد أن أصبح في حل ، وقد انفصلت النصوص عن مصادرها من القيد بتابعة أي قانون معين . فخرجاً بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الصحيح . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٦ و ص ٣٢) .

(١) وأعضاء لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هم حضرات الشيوخ المحترمين محمد حلمي عيسى (باشا) ومحمد حسن الصماوي (باشا) وأحمد رمزي (بك) وجمال الدين أباطة (بك) ومحمد علي علوبة (باشا) وسابا جيتي (باشا) وخيرت راضي (بك) .

(٢) من هذه الآراء ملاحظات تقدم بها بعض حضرات مستشاري محكمة النقض وأساتذة القانون وقد ناقشها اللجنة طويلاً . أظن تفصيل ذلك في مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٣٩ — ص ١١٨) . وقد جاء في محضر الجلسة الثامنة والمخبر لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ما يأتي : « عرضت اللجنة في هذا الاجتماع إلى الاعتراضات التي أثارها بعض رجال القانون حول مصادر مشروع القانون المدني من حيث تفهم أحكامه وتفسيرها وتطبيقها ، وقد رأت اللجنة أنها قد أوفت هذا الموضوع حقه من البحث في تقريرها الذي رفع إلى المجلس . ولكن رغبة في زيادة الإيضاح وتأكيد المعنى الذي ذهب إليه اللجنة في تقريرها المذكور عهدت إلى حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل (باشا) رئيسها ومقررها أمام المجلس أن يدل بيانه في هذا الموضوع الهام أمام المجلس وهو كما يأتي : (أولاً) أن الغالبية الضخمة من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالي ومن المبادئ التي أقرها القضاء المصري طوال السبعين سنة الماضية ومطابقة للقواعد القانونية التي جرى عليها القضاء والقلم في مصر ، وهذا هو المصدر الذي يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فلمست إلا مصادر استشارة للصياغة وحدها . (ثانياً) لأن الأحكام التي اشتقت أصلاً من الشريعة الإسلامية يرجع في تفسيرها إلى أحكام هذه الشريعة ، من ملاحظة ما جاء في ==

إلى مجلس الشيوخ^(١)، فأقره المجلس في ٢٨ من شهر يونيه سنة ١٩٤٨^(٢). وأحيل ثانية

== المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً من مصادر القانون ومن أن للقاضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان هناك على ذلك. (ثالثاً) أما الأحكام القليلة التي اشتدت من تصنيفات أجنبية في موضوعات جديدة مستقلة (للؤسسات . حوالة الدين . ملكية الأسرة . اتحاد الملاك . الإعسار المدني . تصفية التركات) فقد روعي في وضعها أن تكون متمشية مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والعادات ، متناسقة مع سائر أحكام الفروع ، وبذلك تكون قد انضلت عن مصادرها وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تسامحها مع غيرها من نصوص ، ورجع في تفسيرها إلى النصوص ذاتها وما درج عليه القضاء في مثل هذه الأحوال .

وقد أقرت الحكومة هذا البيان . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١١٦ — ١١٧) .

(١) وقد جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ما يأتي (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١١٩) : « بمجلس ٣ من يونيه سنة ١٩٤٦ أحال المجلس إلى لجنة القانون المدني مشروع القانون المدني معدلاً على الوجه الذي أقره مجلس النواب . وقد توفرت اللجنة على دراسة هذا المشروع في ٥٥ جلسة ابتداء من ٧ يناير سنة ١٩٤٧ لغاية ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ ، بحضور حضرات (صاحب المعالي) عبد الرزاق السنهوري (باشا) وزير المعارف السوفية و (صاحب الفرة) عبده محرم (بك) المستشار بمجلس الدولة والدكتور حسن أحد بقداى وكيل كلية الحقوق بجامعة طرود الأول ، وأفرغت في تجميع نصوصه من النفاية ما أتاح لها أن تبين مرامي أحكامه وتتبنت من مساهمتها لأوضاع الحياة وحاجات المتعاملين . وأدخلت من التعديلات ما أوحى به التجارب أو ما درج عليه القضاء أو ما تيسر من أمر المعاملات . ووجدت من الحكومة في هذه الناحية معاونت تسجل لتبنيها بالثناء والتقدير . ولم يغب عن اللجنة ما لتعديل القانون المدني من أثر بالغ في تلاق المعاملات وطلاق العلوم القانونية بوجه عام ، باعتبار أن هذا القانون هو موطن القواعد الكلية المنظمة لروابط الأفراد وسائر المتعاملين بأحكام القانون الخاص ، ومرجع القواعد التفصيلية المنظمة للشق الأكبر من هذه الروابط ، ولذلك حرصت اللجنة كل الحرص على أن يتناول بحثها كل ما يتصل بسياسة التعديل ، ولم يكن رائد اللجنة في هذا البحث مجرد التفكير النظري أو التدليل المنطقي . ولم تقتصر في صدده على ما كان لحضرات الأعضاء المحترمين من آراء ، وإنما عمدت إلى استقصاء الواقع ، واستظهرت جميع الآراء ، وأمنت النظر في دليل كل منها ، استرشدت في ذلك كله بالحقائق المستخلصة من دراسة نصوص المشروع .. » وقد أشرنا في أما كن أخرى إلى بعض فقرات من هذا التقرير القيم .

(٢) وما يذكر لمجلس النواب والشيوخ بالحمد والتقدير أنهما أقرتا الفروع في يسر بالرغم من أن كلا منهما نظره والدورة البرلمانية حاربت نهايتها ، وقد استطاع كل من المجلسين أن يلهما بهن إجراءاتهما الداخلية ومتعضات النظر في تبين طويل ذي صبغة فنية بارزة كالتي تبين للدني ، مما دل على أن برلماننا يملك من الرونة في العمل ما يحمله سالماً لمواجهة الأعمال التشريعية وفقاً لطبيعة كل منها . وعندما عرض المشروع على مجلس الشيوخ اقترح ثلاثة من حضرات الشيوخ المحترمين تأجيل نظره للدورة التالية ، ولكن المجلس رفض هذا الاقتراح ، فعيل بهذا التصرف الحكيم إقرار المشروع . ومن غريب المصادفات أن موقف المجلس هذا قد حاكم موقفاً مماثلاً لريشتاج الألماني عند نظره التبين للدني الألماني من ١٩ يونيه إلى ٢٦ يونيه سنة ١٩٩٦ ، فقد تقدم بعض الأعضاء عند عرض المشروع الألماني على المجلس بطلب تأجيل النظر فيه إلى ==

إلى مجلس النواب لإقرار التعديلات التي رأى مجلس الشيوخ إدخالها ، فأقرها مجلس النواب في ٥ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ .

وفي ١٦ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بالتصديق عليه وإصداره . ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ على أن يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أي من اليوم الذي توحيد فيه القضاء المصري بزوال النظام

== الدورة التالية ، فأدرك المجلس خطر هذا التأجيل على التقنين ورفض الطلب ، وأقر المعروف في أيام قلائل (أنظر سالي : مقدمة في دراسة القانون للدكتور الألماني باريس ١٩٠٤ ص ٣٦ — ص ٣٧) .

هنا وقد قدم المقروء إلى مجلس الشيوخ حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل - وكيل المجلس ورئيس لجنة القانون المدني ب - بخطاب قيم ، ورد فيه ما يأتي :

« في منتصف أكتوبر من السنة القليلة يشترك على القضاء المصري عهد جديد تستكمل فيه البلاد سيادتها القضائية . وبهذا تتحقق لنا أمنية من أعز أمنياتنا . ففي هذا التاريخ نختم مصر مرحلة مرمرة في تاريخها ، ونستفتح مرحلة أخرى كريمة ، يحفز المصريين فيها فوزهم بالحق إلى الهفوف بحمل جسيم التبعات وعظيم المسؤوليات . وما هي مصر تتخذ الأبهة لمواجهة ما ينتهضه هذه المرحلة ، فتتجزع لإصلاحات تشرعية ضخمة كانت قد تراخت - مضطرة - في إنجازها حقبة طويلة من جراء التقيؤ التي كان نظام الامتيازات يفرضها . وفي هذه الدورة تعرض على حضراتكم تشريعات هامة أساسية ، تناولها يد الإصلاح ، من بينها القانون المدني . وقد ظل هذا القانون - منذ أن وضع في سنتي ١٨٧٦ و ١٨٨٣ - على حاله فيها خلا تعديلات جزئية . واليوم يعرض على حضراتكم مشروع تصحيحه . وقد تولى المصريون أنفسهم إعدادته وتحضيره ، ويمل البرلمان بالرأي فيه . وبهذا يكون التقنين المدني مصرياً في أسلوبه وصياغته ، مصرياً في وضعه وفانيه . وهل أبلغ من أن يطبق القضاء المصري - في الوقت الذي يحل له فيه السلطان - تشريعاتاً مصري الأركان والبيان فتقرن سيادتها القضائية بسيادتها التشريعية ؟ » .

« وما يجب أن أخبر إليه في هذا المقام أن المقروء المرسوم قائم على دعامتين رئيسيتين : (الأولى) الاحتفاظ بالصلح من أحكام التقنين القائم لأبعد الحدود ، فما من حكم صالح من هذه الأحكام إلا وأخذ به مع تهذيب التهذيب الواجب . (الثانية) تهيئة ما استقر من المبادئ في أحكام القضاء المصري مع ترجيح ما كان منها خليقاً بالرجحان عند اختلاف المحاكم . وعلى هذين الأساسين أقام المقروء أكثر من ثلاثة أرباع القواعد الواردة فيه ، فانقطع ثراث الماضي وجعل الانتقال من الوضع القديم إلى الوضع الجديد مجرد تطور طبيعي لا يختلف أمره من هذا الوجه عن أي إصلاح يقبله الخير بقلبي هو أدنى في غير طرف أو عنف . وعلى هذا النحو لا يقطع المقروء الصلة بين الماضي والحاضر ، وإنما هو ييسر الانتقال بما استقر من صلح الأحكام في التقنين الحالي وفي أحكام القضاء ، وصقلها صقلًا يجعلها أقرب مثالا وأوضح نهجاً . وقد عمد المقروء فوق ذلك إلى أحكام التلازم بين النظم التي استعدهت من التواعد وبين المبادئ العامة التي ألها الناس في العمل من قبل : وبهذا ييسر سبيل الانتقال من الإصلاح » ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٤٩ — ص ١٤٧ و ص ١٥٤) .

المختلط ، وبلغ عدد مواده ١١٤٩ مادة ^(١) .

وفي ٢٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٨ صدر قرار وزير العدل بتشكيل لجنة برئاسة الأستاذ سليمان حافظ (بك) وكيل وزارة العدل وعضوية تسعة من رجال القانون ^(٢) لجمع الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد ونشرها على جمهور المشتغلين بالقانون .

وقد أُنجزت اللجنة مهمتها ، بعد أن جمعت للذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي والمحاضر والتقارير المختلفة ^(٣) ، ووزعت ما ورد في هذه الوثائق على نصوص التقنين .

(١) الآن وقد فرغت من عرض المراحل المختلفة التي مر عليها التقنين المدني الجديد ؛ أعل كلة كنت قد ختمت بها مقال الذي نشرته بمناسبة العيد الحنسي للحاكم الوطنية في وجوب تنقيح القانون المدني . وهي كلة كتبها منذ سبعة أعوام . وما كنت أعلم وقت ذلك أن ملاردهته أملا يطوف بالنفس سيصبح بعد وقت غير طويل حقيقة واقعة . وهنا ما كتبه في ختام المقال المشار إليه ؛ أعله هنا تحية لهؤلاء الذين سبق أن ذكرت أسمائهم ، وقد عاونوا بنشاطهم على إخراج التقنين الجديد :

« على أن كل ما قصناه ، إذا دل على أن تقنيننا ميب وأن مراجعته ضرورية ، فليس مناه أن المراجعة قد مهدت سبلها ، وأصبح البت في القيام بها أمراً ميسوراً . فإن الرغبة مهما كانت صادقة في عمل تقنين هي شيء آخر غير عمل التقنين بالفعل ، وتدل التجارب في مسائل التقنين على أن الرغبة وحدها لا تنفي شيئاً . بل لأن توافر الوسائل الفنية ذاتها لا يكفي . فإن التقنين أمر يقوم على النشاط ، وهو روحه الفاعلة ، فإذا انعدم هذا النشاط أو فتر ، سار التقنين سيراً طليئاً مثروباً ، يتغير عند كل منرج ، ويصطدم في كل عقبة ، ولما يصل إلى نهاية الطريق . . . فهل لمصر أن تؤمل في عهد نهضتها الحاضرة أن تضم إلى انتصاراتها في النشاط العلمي والنشاط الاقتصادي انتصاراً جديداً في النشاط القانوني ، فتصل على إخراج تقنين مدني جديد . . أرجو أن يكون ذلك قريباً ... » (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة من ١٤٣ — من ١٤٤) .

(٢) وم الأستاذ عبده محمد عرم (بك) المستشار بمجلس الدولة والأستاذ محمد أحمد غنيم (بك) مدير إدارة التقنين القضائي بوزارة العدل والأستاذ بدوي حموده (بك) المدير العام لإدارة التفسير بوزارة العدل والأستاذ مصطفى كامل اسماعيل القاضي بمحكمة الاسكندرية المختلطة والدكتور سليمان مرقس الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والدكتور شفيق شحاته الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والأستاذ محمد رفعت عضو إدارة التفسير بوزارة العدل والأستاذ أحمد عثمان حزاوي عضو إدارة التفسير بوزارة العدل والأستاذ محي خير الدين سكرتير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ والدكتور علي علي سليمان الموظف بوزارة العدل .

(٣) وهذه هي الوثائق التي جهتها اللجنة ووزعتها على نصوص القانون ، فوضعت تحت كل نص ما اشتملت عليه هذه الوثائق في شأن هذا النص :

ووقعت مجموعة الأعمال التحضيرية في أجزاء سبعة^(١) ، هي التي نقل عنها في هذا الكتاب ما نرى ضرورة الإشارة إليه من هذه الأعمال^(٢).

(١) = المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى .

(٢) محاضر اللجنة التي راجعت المشروع التمهيدى .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التامى .

(٤) تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب .

(٥) محاضر جلسات مجلس النواب .

(٦) محاضر جلسات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .

(٧) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .

(٨) محاضر جلسات مجلس الشيوخ .

وقد أشير إزاء كل نص إلى ما يقابل من النصوص في القانون المدنى القديم وفي بعض التفتينات الحديثة وإلى ما عسى أن يكون قد حذف من نصوص التشريع التمهيدى التي تتصل بهذا النص .

(١) الجزء الأول في الباب التمهيدى . والجزآن الثانى والثالث في النظرية العامة للالتزام ، والجزآن الرابع والخامس في العقود للسماة ، والجزء السادس في الملكية والحقوق العينية الأصلية ، والجزء السابع في التأمينات أى الحقوق العينية النجسة .

(٢) هنا وقد أعقب صدور التفتين المدنى الجديد أن ألقت لجنة لمراجعة الترجمة الفرنسية لهذا التفتين ، برئاسة الأستاذ سليمان حافظ (بك) وعضوية الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل والدكتور سليمان مرقس والدكتور شفيق شحاتة والدكتور على سليمان : وقد أجمعت هذه اللجنة مهمتها ونصرت الترجمة الفرنسية التي راجعتها .

(٢)

القواعد التي قام عليها التنقيح

كيف عولجت عيوب التقنين القديم - مصادر التنقيح وطرق التفسير
في التقنين الجديد

١ - كيف عولجت عيوب التقنين القديم

(استعراض عام للتقنين الجديد)

كان الملم الأول لواضعي التقنين الجديد هو أن يعالجوا عيوب التقنين القديم سواء
في الشكل أو في الموضوع .

١ - كيف عولجت العيوب الشكلية :

رأينا أن التقنين القديم كان مميّياً في تنويبه ، ومعيباً في ازدواج لفته وضمف أسلوبه .
فلنتنظر كيف عولجت هذه العيوب في التقنين الجديد .

(أولا) التبرير :

صنعت التقنين الجدير : كان الأمر الأول الذي نظر فيه واضعو المشروع ، وهم
يستفتحون عملهم ، هو أن يبحثوا كيف يكون تقسيم التقنين الجديد ، وكيف يبوب ،
وكيف ترتب نصوصه في كل باب ، وبتعبير آخر : ما هي الخطة plan التي يوضع التقنين
الجديد على مقتضاها . وذلك بعد أن وضع أن الخطة التي قام عليها التقنين القديم ، بما
تحويه من عيوب وما يشوبها من قص ، لا تصاح أن يقوم عليها التقنين الجديد .

ولكنهم ما لبثوا أن تبينوا أن هذا السؤال يسبقه سؤال آخر ، هو : أيشتمل التقنين
الجديد على كل موضوعات القانون المدني ، فيحتوى قانون الأسرة كما يحتوى قانون

المعاملات ؟ قامت صعوبات واضحة حالت دون أن يندرج في التقنين الجديد أحكام الأسرة ، فإن هذه الأحكام ليس مصدرها حسب الشريعة الإسلامية ، بل إن لها مصادر أخرى دينية ، وهي لم توحيد في كل أجزائها بالنسبة إلى جميع المصريين . وحدثت في أحكام الصغير والحجور ، وحدثت إلى حد كبير في أحكام الميراث والوصية ، ولكنها لم توحيد في الزواج والطلاق والنسب . فرأى واضعو المشروع ألا يربكوا التقنين المدني الجديد بعقبات يتعذر تذليلها ، واعتزموا الاقتصار على أحكام المعاملات . واستظفروا فيما رسموه لأنفسهم من ذلك اتجاهات واضحة بدت في كثير من التقنيات الحديثة . فهذا التقنين البولوني ، والتقنين اللباني ، والتقنين السوفييتي في المعاملات ، بل والتقنين السويسري في الالتزامات ، وكلها من أحدث التقنيات وأشهرها ، لم يندرج فيها قانون الأسرة ، وظل هذا القانون وحده ، أو هو وقانون الحقوق العينية ، منفصلا عن سائر أجزاء القانون المدني فلا تريب إذن على واضعي التقنين الجديد إذا هم أبجوا قانون الأسرة منفصلا ، وملابسات هذا القانون معروفة ^(١) .

قسم عام للتقنين الجديد : وإذا رسم واضعو التقنين الجديد حدود هذا التقنين ومدى ما يشتمل عليه من موضوعات ، برز أمامهم سؤال جديد فرضته سياسة التقسيم والتبويب . فهل يكون للتقنين الجديد قسم عام على غرار هذا القسم الذي اشتمل عليه التقنين الألماني ، وسأيره فيه كثير من التقنيات الحديثة ؟ كان أمام واضعي التقنين الجديد مثلان متعارضان : مثل التقنين الألماني وما تبعه من تقنيات أخرى ، ومثل التقنين الفرنسي وسائر التقنيات اللاتينية .

فالتقنيات اللاتينية لا تشتمل عادة على قسم عام ، وإنما تجتزئ بفصل تمهيدى قصير

(١) بيد أنه إذا عزا أن يجمع تقنين واحد المعاملات والأسرة معاً ، فلا أقل من أن يجتمع شتات قانون الأسرة في تقنين موحد يقوم إلى جانب التقنين المدني الجديد . والمطلب يسير في هذا الشأن ، فقد وضع تقنين للميراث ، وآخر للوصية ، وثالث للوقف ، ورابع للولاية على المال ، ولم يبق إلا تقنين خاص للزواج والطلاق والنسب فتتجمع بذلك أجزاء قانون الأسرة ، ويضمها كتاب واحد . والأمل مفقود أن يكون ذلك قريباً .

يتناول مصادر القانون وبعض قواعد موجزة في تنازع القوانين أما التقنين الألماني قد حوى قسماً عاماً مسهباً اشتمل على مائتين وأربعين نصاً تناول فيها كثيراً من الموضوعات العامة ، وخصص كثيراً من هذه النصوص لنظرية التصرف القانوني (acte juridique) ففرض فيها لتفصيلات كثيرة مما يتدرج عادة في النصوص الخاصة بالعقد . وكذلك فعل التقنين الصيني ، وقد اشتمل قسمه العام على ١٥٢ مادة . وحذا حذو التقنين الألماني التقنين الأرجنتيني (٣٣١ مادة) والتقنين البرازيلي (١٧٤ مادة) وتقنين السوفيت (٥١ مادة) . وهذه التقنينات جميعها تناولت في هذا القسم العام جانباً من المسائل العامة كمصدر القانون والتصرف في استعمال الحق والشخص الطبيعي والشخص المنوى وتقسيم الأموال ، وأضافت إلى ذلك نصوصاً كثيرة في نظرية التصرف القانوني .

لم يتردد واضعو التقنين الجديد طويلاً بين هذين المثلين . فقد رأوا أن مثل التقنينات اللاتينية من حيث الاكتفاء بفصل قصير في الأحكام العامة لم يعد هو المثل المتبع في التقنينات الحديثة . ولكنهم لم يأخذوا بمثل التقنين الألماني كاملاً ، ولم يدرجوا في القسم العام نصوصاً تتناول أحكام التصرف القانوني . فإن أصح مكان لهذه النصوص في هذين دى صنفه عملية هو الفصل الذي يخص للعقد . ذلك أن العقد هو أهم التصرفات القانونية . فإذا ذكرت أحكامه في القسم العام بعنوان التصرف القانوني ، أصبح واضعاً للشروع بين أن يفعلوا هذه الأحكام في الفصل المخصص للعقد ، فيفقد هذا الفصل أهم الأحكام التي تتدرج عادة فيه ، وبين أن يبدوا ذكرها ، فيكون هذا تكراراً لما سبق . والخطأ العملية في ذلك هو أن تذكر هذه الأحكام في الفصل المخصص للعقد ، وبالحال عايناً فيما يخص التعريفات القانونية الأخرى . هكذا فعل تقنين الالتزامات السويسري ، وقد أثر التقنين الجديد مبادئه في هذه الخطأ العملية الحكيمة ^(١) .

(١) أظن مع ذلك المشروع الذي يهدف لتفكيك التقنين الفرنسي وما دار من مناقشات طويلة حول هذا الموضوع (المجلد الأول من الأعمال التحضيرية للجنة تنقيح التقنين المدني سنة ١٩٤٥ سنة ١٩٤٦ ص ٩٧ وما بعدها) .

وما كان بعد ذلك من مسائل عامة قد احتواها الباب التمهيدي للتقنين الجديد . ويشتمل هذا الباب على ثمانية وعشرين نصاً ، تناولت في الفصل الأول منها القانون وتطبيقه ، فمددت مصادر القانون ، وقررت مبدأ التمسك في استعمال الحق ، وذكرت القواعد الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان . وتناولت في الفصل الثاني الأشخاص ، ففصلت أحكام الشخص الطبيعي وأحكام الشخص المعنوي بما يندرج فيه من جمعيات ومؤسسات . وخصصت الفصل الثالث لتقسيم الأشياء والأموال .

التقسيم الرئيسى للقانونه الجبريد : وبعد أن فرغ واضعو التقنين الجديد من تحديد مشتملات الباب التمهيدي ، كان عليهم أن يرسموا للتقنين تقسيماته الرئيسيه . وقد توخوا في هذا التقسيم أن يبالغوا عيوب التقنين القديم . فقد قدمنا :

(أولاً) أن التقنين القديم جمع في الكتاب الأول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية ، وكان الأولى فصل هذه عن تلك ، فإن الأموال تكون محلاً للحقوق العينية والحقوق الشخصية على السواء . وهذا ما فعله التقنين الجديد . فقد وضع تقسيم الأموال في الباب التمهيدي ، فهياً بذلك لفكرة الصحة من أن المال يصلح محلاً للحقوق المالية كافة .

(ثانياً) أن التقنين القديم فصل في قسمين مستقلين نظرية الالتزام عن العقود المسماة ، ولم يكن هناك محل لهذا الفصل ، فالعقود المسماة إنما هي تطبيق من تطبيقات نظرية الالتزام . وقد توخى التقنين الجديد أن يجمع بين نظرية الالتزام والعقود المسماة في قسم واحد ، جعله القسم الأول من التقنين . والبدء بنظرية الالتزام في التقنين الجديد هو خير من البدء بالحقوق العينية الأصلية في التقنين القديم . فإن نظرية الالتزام هي مفتاح القانون المدني ، بل هي مفتاح القانون بوجه عام . فالبدء بها أمر تستوجبه البديهة ، وتقتضيه طبيعة الأشياء .

(ثالثاً) أن التقنين القديم خلط في كتابه الرابع ، الذى عنوانه بحقوق الدائنين ، بين

التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل . وقد تجنب التقنين الجديد هذا الخلط ، فترك إثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل لقانون خاص هو قانون الشهر العقاري ، توفقاً للإصلاح الجوهري الذي سيتم في هذا الموضوع بعد إدخال السجل العقاري ، واستبقى من هذه الموضوعات التأمينات العينية ، فجاءها بعنوان الحقوق العينية التبعية في كتاب رابع ، يحىء بعد الكتاب الثالث في الحقوق العينية الأصلية . وجمع بين الكتاتين في قسم واحد — هو القسم الثاني — لما بينهما من الصلة الوثيقة . وأورد التأمينات العينية كاملة ، فأدرج فيها رهن الحيازة على خلاف ما فعل التقنين القديم ، وحذف منها الحبس إذ لم يمتدحه حقاً عينياً .

ويخلص من ذلك أن التقسيم الرئيسى للتقنين الجديد يفضل كثيراً من ناحية المنطق تقسيم التقنين القديم . فالتقنين الجديد يبدأ بباب تمهيدى . ثم ينقسم إلى قسمين ، أحدهما للحقوق الشخصية ، والثانى للحقوق العينية . ويتجزأ القسم الأول إلى كتاتين ، أحدهما لنظرية الالتزام ، والثانى للمقود السمة . وكذلك يتجزأ القسم الثانى إلى كتاتين آخرين ، أحدهما للحقوق العينية الأصلية ، والثانى للحقوق العينية التبعية .

التبويب التفصيلى للتقنين الجديد: وفي تبويب الأقسام الرئيسية ، يفضل التقنين الجديد التقنين القديم .

فالكتاب الأول من التقنين الجديد ، الذى خصص لنظرية الالتزام ، لوحظ في تبويبه تجنب الميوب التى وقع فيها التقنين القديم . وقد تقدم أن هذا التقنين بدأ بنظرية الالتزام في ذاته ، ثم تركها ، قبل أن يفرغ منها ؛ إلى مصادر الالتزام . فتناول العقد ، ثم جمع بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر ، هما العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ثم هو ، بعد أن يفرغ من مصادر الالتزام ، يعود إلى نظرية الالتزام في ذاته ، فيتناول أسباب انقضائه ، ويورد هذه الأسباب في غير ترتيب منطقي ثم يتم نظرية الالتزام بباب مشوش في طرق إثباته . ويترك انتقال الالتزام — ولا يعرف منه إلا إحدى صورتيه — إلى جهة منزوية في الفصل الأخير من عقد البيع . أما التقنين

الجديد فيوب الكتاب الأول في نظرية الالتزام تبويماً منطقياً عملياً في وقت واحد ، فيجعل الباب الأول من هذا الكتاب لمصادر الالتزام . ويورد هذه المصادر مرتبة ترتيباً علمياً حديثاً فيبدأ بالمقد ، ويقول أركانها فآثاره فآثاره . وينقل بعد ذلك إلى الإرادة المنفردة^(١) فالمعمل غير المشروع فالإثراء بلا سبب ، فالتانون . وهو في كل فصل من هذه الفصول يرتب النصوص ترتيباً تتسلسل الأحكام فيه تسلسلاً عليه المنطق والعمل . ثم يحمل الباب الثاني لآثار الالتزام فيتناول التنفيذ العمي ، والتنفيذ بطريق التعويض ، ويعرض بعد ذلك لما يكفل حقوق الدائنين العاديين ، فيتناول الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية والحق في الحبس والإعسار المدني . وهذا الباب على ما في تنسيقه من مشقة ، قد رتبت نصوصه ترتيباً قل أن تجده نظيراً في التقنينات الحديثة . ثم يعرض الباب الثالث للأوصاف المعلقة لأثر الالتزام فيتناول الشرط والأجل ثم ينتقل إلى تعدد محل الالتزام فيتكلم في الالتزام التخييري والالتزام البديل ، وإلى تعدد طرفي الالتزام فيتكلم في التضامن وعدم القابلية للاقتسام . ثم يخصص الباب الرابع لانتقال الالتزام ، فيتناول حوالة الحق ثم حوالة الدين ، فيستكمل بذلك قصفاً في التقنين القديم كان ملحوظاً إذ كان هذا التقنين لا يعرف حوالة الدين . ثم يعرض الباب الخامس لاقضاء الالتزام ، فيرتب أسباب الاقضاء ترتيباً عملياً معقولاً . ويختتم التقنين الجديد نظرية الالتزام بباب سادس في إثبات الالتزام^(٢) .

والكتاب الثاني من التقنين الجديد خصص للعقود السماة . وقد قدمنا أن التقنين

(١) وسرى أنه بعد أن حذف نص من المشروع التهديي يحمل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام ، وانحصر المشروع التهادي على حالات معينة ينشأ الالتزام فيها من الإرادة المنفردة ، لم تعد الالتزامات الناشئة من الإرادة المنفردة في هذه الحالات المصينة إلا التزامات تنشأ بنص في القانون . وسرتب على ذلك أن الإرادة المنفردة في التقنين الجديد ليست مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام .

(٢) ولولا رغبة مشروعة في عدم الاجتهاد كثيراً عن التضمين التظليي لصح أن يأتي باب إثبات الالتزام عقب الباب الأول الذي تناول مصادر الالتزام . فإن الإثبات إنما يرد على مصدر الالتزام لا على الالتزام ذاته ، ويجب أن يسبق أثر الالتزام واقضاه ، ولجز أن يبدأ الكلام في إثبات الالتزام بالإقرار فاليمين فالكتابة — وهي أقوى طرق الإثبات — لينتهي بأضعف الطرق وهي البيعة والقرائن .

القديم أورد هذه العقود في غير ترتيب واضح . أما التقنين الجديد فقد بوبها تبويهاً سهلاً متابته . فبصل الباب الأول للعقود التي تقع على الملكية ، وتناول فيه البيع طلقاً وبضعة ظلمة فالشركة فالقراض فالصلح . وجعل الباب الثاني للعقود التي تقع على الانتفاع ، وتناول فيه الإيجار فالمرابحة وجعل الباب الثالث للعقود الواردة على العمل ، وتناول فيه المقاولة والتزام المرافق العامة فقصد العمل فالوكالة فالوديعة فالحراسة . وجعل الباب الرابع لعقود النحر ، وتناول فيه المقامرة والرهان فالمرتب مدى الحياة فقصد التأمين . وختم أبواب الكتاب الثاني بباب خامس في عقد الكفالة .

والكتاب الثالث من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية الأصلية . وقد تقدم أن التقنين القديم في هذا الموضوع خلط بين قيود الملكية وحقوق الارتفاق ، ولم يعرض للملكية في الشيوع ، ولم يراع أي ترتيب منطقي أو عملي في إيراد أسباب كسب الملكية . أما التقنين الجديد فجعل الباب الأول من هذا الكتاب لحق الملكية . فحكم في حق الملكية بوجه عام ، متناولاً نطاق هذا الحق ووسائل حمايته والقيود التي ترد عليه مميزاً إياها عن حقوق الارتفاق ، ثم خصص للملكية الشائئة نصوصاً مستفيضة ، وفصل أحكامها تفصيلاً مبيناً ، وانتقل بعد ذلك إلى أسباب كسب الملكية فأوردتها في ترتيب ذي صبغة عملية . فالملكية إما أن تكسب ابتداءً بالاستيلاء ، أو تنتقل من مالك إلى آخر . ويكون ذلك تارة بسبب الموت في اليراث والوصية ، وطوراً ما بين الأحياء في الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة^(١) . وجعل الباب الثاني للحقوق المنعقدة عن حق الملكية ، فتناول هذا الباب حق الانتفاع بحق الحكر ، حق الارتفاق .

والكتاب الرابع من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية التبعية ، وهي التأمينات العينية . فوردت هذه التأمينات في أبواب أربعة ، الباب الأول في الرهن الرسمي ، والثاني في حق الاختصاص ، والثالث في رهن الحيازة ، والرابع في حقوق الامتياز .

(١) ولولا أن الترتيب ذو صبغة عملية لوجب تقديم العقد وهو عمل قانوني ، على الاستيلاء وهي واقعة مادية .

كل هذا والتقنين الجديد ، في الترتيب التفصيلي لكل باب من أبوابه ، يجرى ، خلافاً للتقنين القديم ، على نحو من التسلسل المنطقي ومن وضوح الفكرة بحيث يسهل على الباحث أن يدرك ما ينتظم مسأله المتعاقبة من ارتباط وتناسق ، وبحيث تيسر له متابعتها في غير عناء .

(ثانياً) اللغة وأسلوب :

ولا شك في أن التقنين الجديد ، في لفته وفي أسلوبه التشريعي ، أرقى من التقنين القديم . قد أفاد من رقى لنة القانون وأسلوبه في مصر طوال سبعين عاماً ، حتى لقد أصبح التقنينان القديم والجديد يمثلان عصرين مختلفين جد الاختلاف في اللغة وفي الأسلوب .

نضيف إلى ذلك أن التقنين الجديد خلا من عيب ازدواج اللغة . فالنص العربي هو النص الرسمي والنص الأصلي في وقت معاً .

وبرى . التقنين الجديد من هذا الضعف في التعبير وهذه الركائز في الأسلوب ، اللذين كانا يزلان بكثير من نصوص التقنين القديم إلى منزلة العامى من الألفاظ . ولم تعد للمصطلحات القانونية تضارب فيه وتعارض ، بل إن المصطلح القانوني ليرد في جميع النصوص لفظاً واحداً لا يتبدل ولا يتغير .

٢ — كيف عولجت الميوسب الموضوعية :

وقد عالج التقنين الجديد الميوسب الموضوعية التي كانت متفشية في التقنين القديم . فاستحدث أحكاماً جديدة ، واستوفى مسائل ناقصة ، وجمع نصوصاً متناثرة .

استحدث التقنين الجديد أحكاماً كانت تنقص التقنين القديم . من ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان والمكان ، والشخصية المعنوية وما يتصل بها من تنظيم للجمعية وللواسات ، وحوالة الدين ، والزام المرافق العامة ، وعقد الضل ، وعقد

الأمين ، وعقد الهبة ، والحكر ، وإبحار الوقف . ويسبق هذا كله في الأهمية موضوعان جديدان كنا في أشد الحاجة إليهما ، هما تنظيم الإعسار المدني وتصفية التركة .

واستوفى التقنين الجديد مسائل كانت في التقنين القديم شديدة الاقتصاب على ما لها من خطر . من ذلك القواعد المتعلقة بتكوين المقد ، والدعوى البولصية ، والاشتراط لمصلحة الغير ، والمسئولية العقدية ، والمسئولية التصهيرية ، والحراسة ، والملكية الشائعة ، ورهن الحيازة ، وحق الاختصاص .

وجمع التقنين الجديد في بعض الموضوعات ما تنافر من أحكامها في جهات متفرقة ، فلم شتتها ، وعرضها جملة واحدة بحيث يتكشف ما بين أجزائها من صلات وثيقة . من ذلك موضوع الحيازة ، وحقوق الارتفاق ، وحقوق الامتياز ، والحق في الحبس ، والنيابة في التعاقد .

ونكتفي هنا بهذه الإشارة . وسنتناول بالتفصيل هذه المسائل عند الكلام في الفروق الجوهرية ما بين التقنينين الجديد والقديم .

٢ — مصادر التنقيح وطرق التفسير في القانون الجديد

يعني أن نبين هنا المصادر التي استقى منها التنقيح ، وأن نرسم إلى جانب كل مصدر السياسة التي يتوخاها القاضى والفقهاء في تفسير النصوص التي استقيت من هذا المصدر .

ومصادر التنقيح ثلاثة :

(١) أولها وأهمها نصوص التقنين المدني القديم ، بعد أن هذبت ، وأضيف إليها أحكام القضاء المصرى طوال سبعين سنة ، بقى فيها هذا القضاء يعمل في تفسير هذه النصوص وتطبيقها . والنصوص التي استقيت من هذا المصدر تكاد تستغرق ثلاثة أرباع التقنين الجديد . ومن ثم نرى أن هذا التسانن لم يحدث اختلافاً في المعاملات المدنية . فلا تزال القواعد المدنية القديمة ، كما بسطها التقنين القديم وقررها القضاء ، هي السائدة في التقنين الجديد .

(ب) وثانى هذه المصادر هو الفقه الإسلامى . فقد استبقى التقنين الجديد ما أخذ التقنين القديم عن هذا الفقه ، وأضاف مسائل جديدة إلى ما سبق أخذه ..

(ج) وثالث هذه المصادر هى التقنينات الحديثة . فقد استحدث القانون الجديد موضوعات أخذها عن هذه التقنينات ، واستأنس فى موضوعات أخرى بما تميزت به هذه التقنينات من تقدم فى الصياغة ورق فى الأسلوب التشريعى . فانتفع إلى مدى بعيد بالتقدم العظيم الذى بلغه فن التقنين المدنى الحديث .

(١) نصوص التقنين المدنى القديم وأحكام القضاء المصرى

أولاً — ما ترى استقاءه التقنين الجدير من هذا المصدر :

قلنا أن نصوص التقنين القديم وأحكام القضاء المصرى هى أهم مصدر استقى منه التقنين الجديد^(١) .

وقد هذب التقنين الجديد نصوص التقنين القديم فى بعض النظريات العامة : كالخط

(١) جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد خرجت اللجنة من هذه الدراسة بنتيجتين جوهريتين من الخير لإبرازهما قبل الاستطرد فى بيان ما انتهى إليه البحث : (الأولى) أن المشروع لم يخرج على التقاليد التشريعية التى استقرت فى البلاد منذ إدخال نظام التقنينات عند إنشاء المحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٦ والمحاكم الوطنية فى سنة ١٨٨٣ . فهو من هذه الناحية لا يقطع الصلة بين الحاضر والماضى ، ولكنه يتخذ الصالح من أوضاع هذا الماضى أساساً له ويستحدث من الأحكام ما اقتضته ضرورات التطور ، ويحتد فى ذلك على الثروة التى أسفر عنها اجتهد القضاء المصرى بوجه خاص ، ويمارى الفقه الإسلامى فى نواح مختلفة ، ويستمد بالقدر الذى يتلاءم مع تلك الأوضاع خصوصاً من أحدث التشريعات الأجنبية . وبهذه الثابة يعتبر المشروع صورة صادقة لتطور الظروف الاجتماعية وللتقدم العلمى الذى بلغه علم القانون فى مصر فى مدى نصف قرن من الزمان . (أما النتيجة الثانية) — وتترتب على النتيجة الأولى — فهى أن تطبيق الأحكام التى استحدثها المشروع ليس من شأنه أن يقضى إلى قلب أوضاع التعامل التى ألفها الناس ، أو أن يخل باستقرار المعاملات . ولأنما هو على العكس من ذلك يفسد هذه الأوضاع بإصلاح طال ترقيها . والواقع أن الحديث من أحكام هذا المشروع قد أحكم التآلف بينه وبين القديم من القواعد الكلية على نحو يجعل انتقال التعاملين من سلطان القانون القديم إلى سلطان القانون الجديد أمراً يقتضيه التطور الطبيعى للظروف . ثم إن المشروع فى هذين ما استقر عليه القضاء من مبادئ وفى تدارك أوجه النص فى التقنين الحالى قد توخى أن يجعل التجه واضحاً أمام التعاملين ليكمل استقرار المعاملات على أسس صلتها بالتجارب ، فرسخت فى النفوس قبل أن تتخذ مكانها فى النصوص المروضة » (مجموعة الأعمال التوضيحية ١ ، ص ١١٩ - ١٢٠) .

والسبب والاشتراط لمصلحة النير والقضالة ، وفي بعض المسائل التفصيلية : كوقت التقادم والبيع في مرض الموت والنلط في عقد الصلح .

وقن التقنين الجديد أحكام القضاء المصرى في بعض النظريات العامة وفي بعض المسائل التفصيلية كذلك . فن النظريات العامة التي قننها التصنف في استعمال الحق ، وتكوين العقد ، والاستغلال ، والحوادث الطارئة ، والالتزام الطبيعي ، والتهديدات المالية ، والصورية ، والملكية الشائعة ، والتصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت ، وشرط عدم التصرف . ومن المسائل التفصيلية وجوب المطالبة القضائية بالفوائد ، والشرط الجزائي ، وتجديد الحساب الجارى ، وتقادم الاستحقاق في الوقف ، واستمرار الشركة مع القصر ، وضمان المؤجر للعيوب الخفية ، وحريق العين المؤجرة ، وحقوق الجوار ، ورهن الحصة الشائعة .

وقد قلنا أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد قد استقيت من هذا المصدر إذ أن التقنين الجديد قد أبقى على كل ما هو صالح من مبادئ التقنين القديم ، بعد أن هذب صياغة هذه النصوص ، وأضاف إليها ما انتهى إليه اجتهاد القضاء في تطبيق هذه المبادئ . وقد أبرزت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا المعنى في تقريرها إذ تقول : « إن المصادر التي استمد منها المشروع أحكامه هي التقنين الحالى القديم وما صدر في شأنه من أحكام الحاكم المصرية أولاً . وما من نص من نصوص هذا التقنين إلا وأشار إليه في معرض إيضاح النص المقابل له في المشروع في المذكرات الإيضاحية التي قلمتها وزارة العدل ، وما من مبدأ استقر القضاء على الأخذ به في تفسير هذه النصوص إلا عرضته هذه المذكرات . وهي في الحالين تنوء بالإجاء على الحكم الوارد في النص ، أو بالتعديل الذى آثرت إدخاله على صياغته تمشياً مع أحكام القضاء أو آراء الفقه ، أو بالإضافة التي رأت إبتائها أخذاً بهذه الآراء أو تلك الأحكام . فالشروع من هذه الناحية قد أبقى على كل ما هو صالح من قواعد التقنين الحالى وإن كان قد هذب صياغتها تهذيباً يتلاءم مع تطور اللغة الاصطلاحية في مصر وأساليب الصياغة فيها . وهو

بهذه المثابة قد احتفظ بالقواعد العامة التي تضمنها هذا التقنين في الجملة ، وإضاف إليها ما اجتهد القضاء في إقراره على أساس هذه المبادئ . فلا هو يقطع الصلة بين الماضي والحاضر ، ولا هو يضع ثروة القضاء من المبادئ والتقاليد ، وإنما هو على التقيض من ذلك يضي على ما استقر من الأوضاع في الماضي صبغة جديدة من الإصلاح تترنه من العيوب التي خالطته ، وتكفل الانتفاع منه على أمثل وجه ^(١) .

ثانياً— كيف تفسر النصوص التي استقيت من القضاء المصري والتقنين المدني القديم :

ويمينا أن نبين هنا في وضوح أن النصوص التي استقيت من هذا المصدر يجب أن تفسر في ضوء القضاء والفقهاء الذين نشأ في مصر في ظل التقنين القديم ، وبذلك يتصل الحاضر بالماضي ، ولا تنقطع سلسلة التطور . وسيرى القارئ أننا نشير في هذا الكتاب إلى القضاء المصري الذي نبت في عهد التقنين القديم ، مستندين إليه في تفسير النصوص الجديدة ، كما لو كان هذا القضاء قد صدر في عهد التقنين الجديد مفسراً لهذه النصوص . بل ولا تكلف عناء التنبيه إلى أن القضاء الذي نستشهد به إنما هو قضاء قد صدر تطبيقاً للنصوص القديمة ، فإلى هذا الحد انضمت المفارقة بين القديم والجديد .

ونستعرض أمثلة تبين كيف تفسر نصوص التقنين الجديد بالرجوع إلى القضاء والفقهاء القديمين ، ونختار توخيّاً للإيجاز أمثلة أربعة ، هي النصوص المتعلقة بالاستقلال ، وبالاشرط لمصلحة الغير ، وبالتهديد المالي ، وبالشروط الجزائي .

١ — الاستقلال :

كان القضاء المصري في ظل التقنين القديم يفت حائراً أمام ظاهرة اجتماعية كانت في أشد الحاجة إلى علاج تشريسي . فقد كانت أفضية ترفع أمامه عن الزوج يبلغ من

الشيخوخة ، وينفذ امرأته الأولى ليتزوج من أخرى يقع تحت سلطانها ، فينزل لها أو للأولادة منها عن كل ماله . وكانت أفضية ترفع أمامه عن الولد يضيّق عليه أبوه ، ثم يموت الأب عن مال كثير يطلق الابن به فيه فيبدده ، والمرابون يستكتبون نجيّتهم العقود الباهظة متوسلين إلى ذلك بمختلف الدرائع والحيل . وكانت أفضية ترفع أمامه عن الزوجة تسلّم زمامها إلى هواها ، وتضحى الطائل من المال يبتزّه الزوج ليخلى لها السبيل إلى الزواج من غيره . هذه الأفضية وغيرها كانت ترفع أمام القضاء المصري ، فكان يلجأ فيها إلى حلول يهديه إليها اجتهاده دون عون من النصوص التشريعية . فتارة يلجأ إلى نظرية الإغواء والتسلط على الإرادة (séduction, captation) وليس لها سند تشريعي ، وطوراً يذهب إلى نظرية الإكراه وضوابط الإكراه تضيّق بهذه الأفضية ، بل لقد ذهب في حالة من هذه الحالات إلى الأخذ بنظرية الخلع في الفقه الاسلامي . ومهما يكن من أمر هذا الاضطراب والتقليل ، فقد كان القضاء المصري سليم الفطرة ، حسن التقدير ، إذ كان ينظر دائماً بعين الريبة إلى العقود التي تبرم في مثل هذه الظروف ، فيبطلها أو ينقص منها . ولم يكن يعوزه إلا أن يثبت على أساس قانوني يقوم على نص تشريعي . فأتى التقنين الجديد بهذا النص . وهذا ما تقوله المادة ١٢٩ :

« ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعامل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر ، وتبين أن المتعاقدين المعبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقدين الآخر قد استغل فيه طيشاً يئناً أو هوى جاححاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المعبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقدين . »

« ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة . »

« ٣ — ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع النبن . »

ولسنا هنا فى مقام شرح هذا النص وما يطوى عليه من مسائل تفصيلية . ونحسبنا أن نذكر أن أدق مشكلة يثيرها هى تحديد ما يريد المشرع « بالطمش البين والموى الجامح » . ولا ترد فى القول بأن القاضى عند تحديده للمعنى المقصود من هذه العبارة يجب أن يسترشد بالقضاء السابق ، وأن يستعرض أمامه الأقضية التى رقت فعلاً أمام المحاكم ، فلا يابث أن يتمثل صورة الشيخ الذى وقع تحت سلطان امرأته الجديدة ، وصورة الشاب الذى أصبح العوبة فى أيدى المراءين ، وصورة الزوجة التى غلبها هواها على أن تستبدل زوجها بزواج . هذه صور من الحياة المصرية يتمثلها القاضى وهو يطبق هذا النص ، فيصبح المعنى أمامه محدداً واضحاً . وهو بعد ليس فى حاجة إلى أن يطوف بخياله بلاداً غير مصرية ينقل عنها نماذج هى أجنبية عنا ولا صلة لنا بها . وهو ليس فى حاجة بوجه خاص إلى أن يرجع إلى التقنين الألمانى أو التقنين السويسرى أو التقنين البولونى وكل هذه تقنينات ورد فيها نص مماثل لنصنا المصرى ، فإن البلاد التى تطبق فيها هذه التقنينات غريبة عنا ، ومجتمعها الأجنبى يفاير مجتمعنا المصرى ، وإذا كان نص تقنيننا الجديد مماثل فى الأسلوب والصياغة لنصوص هذه التقنينات ، فليس هذا معناه أن القاضى المصرى يأتزم تفسير القضاء الأجانب مع ما يوجد من تفاوت فى الأوساط الاجتماعية وفى العادات والتقاليد . ومن ثم نرى ضرورة التزامنا لقضائنا السابق والسير على المبادئ التى سبق أن قررتها المحاكم المصرية فى وسطنا المصرى .

٢ — اشتراط لمصلحة الغير :

ويتميز هذا المثل عن سابقه بأن التقنين القديم كان يشتمل على نص فيه . فكانت المادتان ١٣٧/١٩٨ من هذا القانون تنصان على أن « من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها » . فكان النص القديم غامضاً مضطرباً ، يتردد بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير والفضالة . فجاء التقنين الجديد واضحاً دقيقاً ، ونصت المادة ١٥٤ منه على ما يأتى :

« ١ — يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية » .

« ٢ — ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل التمسد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا التمسد أن يمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد » .

« ٣ — ويجوز كذلك للشروط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك » .

فكيف يفسر القاضى هذا النص ؟ وإذا أثار تطبيقه ، بالرغم من وضوحه ، مسائل تقتضى حلاً ، فأين يتلص القاضى هذا الحل ؟ وإذا عرض مثلاً ما يقتضى تحديد الدفع التي يجوز للتمسك أن يمسك بها قبل المنتفع ، أو تحديد المصلحة الشخصية التي تكون للشروط إذا كانت مصلحة أدبية ، أو تحديد مدى الحق المباشر الذي يكسبه الغير والأساس القانونى الذي يقوم عليه هذا الحق ، فأى مصدر يسترشد القاضى فى حل هذه المسائل ؟ لا نتردد فى القول بأنه يعمين على القاضى أن يسترشد فى كل ذلك بالقضاء المصرى السابق وبالفقه المصرى السابق ، وسيجد هذا القضاء والفقه غنيين زآخرين بالمبادئ القانونية ، والتأصيلات الفقهية ، والحلول التفصيلية ، فى هذا الموضوع الخطير . وسيجد أنه بالرغم من أن نصوص التقنين الجديد تختلف اختلافاً بيناً عن نص التقنين القديم من حيث الدقة والوضوح ، فإن تطبيق النصوص الجديدة لا يترتب عليه غير النتائج ذاتها التي كانت تترتب على تطبيق النص القديم الحائر المضطرب . وسيجد أن الفرق بين الوضعين القديم والجديد يكاد ينحصر فى أننا كنا فى الوضع القديم نستقى القواعد القانونية الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير من القضاء والفقه رأساً وكنا لا نجد غناء فى النص التشريعى ، فكان قانوننا فى هذا الموضوع الخطير يكاد يكون قانوناً غير مكتوب . أما الآن ، وفى ظل التقنين الجديد ، سنطبق عين المبادئ التي كنا نطبقها فى الماضى ، ونلتزم الحلول التفصيلية ذاتها ، ولكننا تلمس هذه المبادئ والحلول ، لا فى قضائنا وقضائنا فحسب ، بل نجد الكثير منها

وانحأ في تشريعنا الجديد ، وقد أصبح قانوننا مكتوباً مقتناً في موضوع من أهم موضوعات القانون المدني . ولعل هناك فرقاً آخر بين الوضعين القديم والجديد . ففي الوضع القديم ، ونحن نتلس الخلل في ثنايا ما تراكم من أحكام القضاء وآراء الفقهاء ، لم تكن هذه الحلول تخلص لنا ثابتة مستقرة ، فالقضاء لم يكن يخلو من تردد ، والفقهاء لم يكن يعلم من خلاف . أما في الوضع الجديد ، والحلول الرئيسية قد وردت فيها نصوص تشريعية واضحة قاطعة ، فلا معنى للتردد ولا محل للخلاف ، وقد خلصت لنا الحلول في أهم المسائل منعسة بينة ، مقسمة بطابع من الثبات والاستقرار .

٣ — التهديد المالي :

والتهديد المالي من الأمثلة البارزة التي قنن فيها التقنين الجديد أحكام القضاء المصري . ولم يكن التقنين القديم يشتمل على نص في هذا الموضوع . فصاغ القضاء المصري نظرية التهديد المالي على هدى من القضاء الفرنسي ، وسلك في ذلك سبيلاً هو محض اجتهاد لا سند له من التشريع . فاستمد التقنين الجديد من هذا القضاء المصري النصوص التي أوردها في هذا الشأن على الوجه الآتي :

نصت المادة ٢١٣ على أنه : « ١ — إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائماً إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك ٢ — وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة » . ونصت المادة ٢١٤ على أنه : « إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعيًا في ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » .

وهذه النصوص التي استقيت من القضاء المصري السابق رجع القاضى بداهة ، في تفسيرها وفي تحديد مراميها ، إلى هذا القضاء بالذات ، فهو مصدرها للبشر . ولا شأن له بالتقنينات

الأجنبية ، ولو اتفقت نصوصها مع هذه النصوص من حيث الأسلوب والصياغة . فإن واضح التقنين الجديد إنما استأنس من هذه التقنيات بالأسلوب التشريعي والصياغة الشكلية . وإذا كانت هذه التقنيات الأجنبية هي المصدر الشكلي لهذه النصوص ، فإن مصدرها الموضوعي هو القضاء المصري السابق .

يبد أن تقنين القضاء المصري السابق على الوجه الذي قلمناه لم يكن محض ترديد لأحكام هذا القضاء . فقد اشتملت النصوص الجديدة على مزايا نجهلها فيما يأتي :

أولاً — أقامت هذه النصوص أساساً تشريعياً لنظرية التهديد المالي ، ولم يكن هذا الأساس موجوداً من قبل ^(١) .

ثانياً — حددت النصوص تحديداً تشريعياً حاسماً ، لا يدع مجالاً للاضطراب الذي يفلب أن يكون طابع الأحكام القضائية ، النطاق الذي تطبق فيه نظرية التهديد المالي ، والوقت الذي يصنف فيه مركز الدين . أما النطاق فدهو حيث يقتضي تنفيذ الالتزام تدخل المدين تدخلاً شخصياً يكون التنفيذ بنونه غير ممكن أو غير ملائم . وأما الوقت الذي يصنف فيه مركز المدين فهو الوقت الذي يتخذ فيه موقفاً نهائياً ، إما بوفاء التزامه وإما بالإصرار على عدم الوفاء ^(٢) .

ثالثاً — وصلت النصوص بنظرية التهديد المالي إلى مداها لتحقيق الغرض المقصود

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « لعل أهم ما عيب على نظام الفرامات التهديدية في وضحه الرامن أنه لا يستند إلى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشرع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه (اللوات الثلاث) باعتبارها سنداً تفريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهي بعد ليست إلا تقنياً لا جرى عليه القضاء من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يد أن الحكم الصادر بالفرامة التهديدية حكم موقوف ، تنتق علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه ، إما بوفائه بالالتزام ، وإما بإصراره على التخلف . فإذا استبان هذا الموقف وجب على الناسي أن يبيد الظرف حكمه ليفصل في موضوع الخصومة . فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الفرامة لزاء استجابه لا أمر به ، وألزمه بتعويض عن التأخر ، لا أكثر . وإن أصر المدين على عتاده نهائياً ، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) .

منها ، وذلك من وجهين : الوجه الأول أن النصوص تقضى ، إذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين المتمنع عن التنفيذ ، بجواز الزيادة فى الغرامة التهديدية ، وذلك بقصد التغلب على عمانية المدين . والوجه الثانى أن القاضى عند تحديده مقدار التمويض الذى يلزم به المدين لا يقتصر على مراعاة الضرر الذى أصاب الدائن ، بل يجب أيضاً ، كما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، « أن يراعى فى هذا التقدير ما يكون من أمر عمانية المدين تمتعاً باعتبار هذه المانة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التمويض ، وفى هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعدل القوة فيه »^(١) .

٤ - الشرط الجزائى :

والشرط الجزائى مثل رابع فى أن التقنين الجديد استقى نصوصه من القضاء المصرى السابق . وهو يختلف عن الأمثلة السابقة فى أن القضاء الذى قن هنا ليس بالقضاء الذى كان يستند إلى نص تشريعى غامض مضطرب ، كما هو الأمر فى الاشتراط لمصلحة الغير ، ولا بالقضاء الاجتهادى الذى لا سند له من التشريع ، كما هو الأمر فى نظريى الاستقلال والتهديد للمالى ، وإنما هو قضاء اجتهادى كان يجرى على عكس النص التشريعى ويتعارض معه تعارضاً صريحاً . فقد كانت المادتان ١٢٣/١٨١ من القانون القديم تنصان على أنه : « إذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحاً به فى العقد أو فى القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . والنص صريح كما ترى ، وهو بعد مأخوذ من نصوص التقنين الفرنسى (م ١١٥٢ فرنسى) ، وهى أيضاً صريحة فى هذا المعنى . ومع ذلك فقد كان كل من القضاة الوطنى والمختلط يقضى بما يتعارض مع صريح النص ، ولا يحكم بشيء من التمويض المتفق عليه إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . بل ذهب القضاء الوطنى إلى مدى أبعد ، إذ كان يقضى ، حتى مع وجود الضرر ، بتخفيض التمويض المتفق عليه إلى حد يتعادل فيه مع مقدار الضرر .

فصل التقنين الجديد إلى تقنين القضاء المصرى فى هذا الصدد . ونصت المادة ٢٢٤ على ما يأتى :

١ — « لا يكون التعميـض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت للدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

٢ — « ويجوز للقاضى أن يخفف هذا التعميـض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالفاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأسمى قد نفذ فى جزء منه » .

٣ — « ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » .

وهذا النص يجب أن يرجع فى تطبيقه وتفسيره إلى القضاء المصرى السابق الذى أسلفنا الإشارة إليه ، شأنه فى ذلك شأن سائر النصوص التى تقنن هذا القضاء .

على أن النص يجمع إلى مزية تقنين القضاء السابق مزايا أخرى نجملها فيما يأتى :

(أولاً) أزال التعارض بين القضاء والنصوص التشريعية . أما التعارض ما بين القضاء الوطنى والمختلط فقد زال بزوال المحاكم المختلطة .

(ثانياً) أصل أحكام الشرط الجزائى تأصيلاً قانونياً صحيحاً ، وبنائها على أساس سليم . « فليس الشرط الجزائى فى جوهره — وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ^(١) . — إلا مجرد تقدير اتفاقى للتعميـض الواجب أدائه . فلا يمتد بذهاته مصدرأ لوجوب هذا التعميـض ، بل للوجوب مصدر آخر ، قد يكون التماقذ فى بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع فى صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعميـض ، وهى الخطأ والضرر والإعذار » وهذا التأصيل الصحيح هو الذى يفسر جواز علم الحكم بالشرط الجزائى إذا اتفق الضرر ، وجواز تخفيفه إذا قل الضرر . فإدام الضرر هو شرط واجب للجزاء المتفق

عليه ، « فهو بذاته — كما تقول هنا أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ^(١) — مناط بتقدير الجزاء الواجب أداؤه . ويترب على هذا أن انتفاء الضرر يستتبع سقوط الجزاء الشرط ، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المدين . وإذا كانت قيمة الضرر أقل من مقدار الجزاء الشرط وجب إقاص هذا المقدار حتى يكون معادلاً لتلك القيمة » . (ثالثاً) جعل النص هذه الأحكام من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وبذلك أمن المدين تصسف الدائن ، وتوفى أن يفرض عليه هذا الاتفاق المخالف الذى لا يلبث أن يصبح شرطاً من الشروط المألوفة عند التعاقد (clauses de style)

هذه الأمثلة التى سقناها — وهى قليل من كثير — تنهض جميعاً للدلالة على أمور ثلاثة :

أولاً — أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد ، وقد استقيت من القضاء المصرى ومن التقنين القديم ، يرجع القاضى فى تطبيقها وفى تفسيرها مباشرة إلى القضاء المصرى السابق .

ثانياً — أن التقنينات الأجنبية الحديثة ، إذا اتفقت فى بعض نصوصها مع نصوص التقنين الجديد التى استقيت من القضاء المصرى ، فإن هذا لا يعنى الرجوع إلى هذه التقنينات فى تطبيق هذه النصوص وفى تفسيرها . فهى ليست إلا مصادر شكلية لهذه النصوص استؤنس بها فى الصياغة والأسلوب . أما المصدر الموضوعى فهو القضاء المصرى السابق . وسيرى القارىء أننا فى هذا الكتاب لم نشر إلى التقنينات الأجنبية إلا فى مناسبات قليلة ، ولم تكن الإشارة بقصد الرجوع إلى هذه التقنينات فى تفسير النصوص ، بل لعقد مقارنات بين قانوننا والقوانين الأجنبية فى بعض المواطن التى تجدى فيها المقارنة ، أو لتنتع نظام من النظم القانونية فى تطوراتها التاريخية .

ثالثاً — أن التقنين الجديد ، فى استقائه ، من التقنين القديم ومن أحكام القضاء المصرى

السابق ، الكثرة النالبة من نصوصه ، لم يقتصر على ترديد القديم من النصوص . ومن الأحكام القضائية ، بل هو قد هذب النصوص القديمة تهذيباً أبرأها به من عيوبها التي كانت محل الشكوى ، وقن القضاء المصرى تقيناً حسم به الخلاف فى مواطنه ، وأكسب الأحكام القانونية شيئاً من الثبات والاستقرار ، ويسر للباحث التعرف على هذه الأحكام .

ب — الفقه الإسلامى

أولاً — ما الذى استغاه التقنين الجبرير من هذا المصدر :

للفقه الإسلامى مكان ملحوظ بين المصادر الثلاثة التى استقى منها تنقيح القانون المدنى . فقد استبقى التقنين الجديد ما اشتمل عليه التقنين القديم من أحكام أخذها عن الفقه الإسلامى ، واستحدثت أحكاماً جديدة أخذها عن هذا الفقه . وجل ، بعد ذلك كله ، الفقه الإسلامى مصدراً رسمياً للقانون المدنى ، يأتى بعد النصوص التشريعية والعرف ، ويتقدم مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة^(١) .

(١) وهنا ما كتبه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى تقريرها فى هذا الصدد : « وتبينت اللجنة كذلك أن المشروع اعتمد على الشريعة الإسلامية إلى حد بعيد بين مصادرہ ، فجعلها مصدراً عاماً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد حكماً فى التشريع أو العرف ، وجعلها مصدراً خاصاً لطائفة لا يستهان بها من أحكامہ . ولا ينكر ما للفقه الإسلامى من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمى ، فكيف وقد كان ولا يزال معتبراً القانون لعلم فى كثير من المسائل فى مصر . وفى تقوية الصلة بين المشروع وأحكام الشريعة إبقاء على تراث روحى حرى بأنت صان وأن يتنفع به . واللجنة تسجل ما صادفت للمشروع من أحكام أخذت عن الشريعة الإسلامية كأحكام خاصة بنظرية الصف فى استعمال الحق وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير التوقفة . وهذه الأحكام جميعاً تتضمن من القواعد ما يجتبر شاهداً من شواهد التضم فى التقينات الغربية ، وإن كان فقهاء الشريعة قد فطنوا إلى ما حدث من أحكام وأحكام سبكه وتطبيقه على معارض فى عصورهم من أفضى لترون خنت قبل أن يخطر شيء من ذلك ببال فقهاء الغرب أو من تولوا أمر التشريع فيه . وتتل المشروع أيضاً عن الشريعة الإسلامية طائفة من الأحكام التفصيلية يكتفى أن يشار فى صدها إلى ما تعلق بمجلس العقد وإيجار الوقت والمحكر وإيجار الأرضى الزراعية وهلاك الزرع فى العين المؤجرة واقتضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه بالعذر . هذا إلى مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبس التقنين الحالى أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وأبقاها المشروع ، كسب المريض مرض الموت والذنب وتبعية الهلاك فى الليم وغرس الأشجار فى العين المؤجرة والبلو والبفل والحائط المشترك . أما الأملية والمبة والشفعة والمبا الحاس بالآ تركه إلا بعد سداد الدين فقد استمد المشروع أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وهى أحكام لها أهميتها فى الحياة العملية . وفى حدود هذا المصدر الثانى كان مسلك المشروع قوياً ارتاحت إليه اللجنة . وأنست فيه انجماً إلى تقدير ما للفقه الإسلامى

١ - القريم من الفقه الإسلامى الذى استبقاه التقنين الجبريد :

كان التقنين القديم يشتمل على أحكام أخذها عن الفقه الإسلامى ، فاستبقاها التقنين الجديد بعد أن هذب النصوص القديمة وصحح ما انطوت عليه من أخطاء .

فبيع المريض مرض الموت ، والأهلية ، والشفعة ، والهبة ، وسداد الدين قبل إيلولة التركة للورثة ، والنفن فى بيع القاصر ، وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك فى البيع ، وغرس الأشجار فى العين للزوجة ، والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ، وبالحائض المشترك ، ومدة التقادم ، كل هذه موضوعات اشتمل عليها التقنين القديم واستبقاها التقنين الجديد بعد أن هذبها وصحح فيها .

وقد هذب التقنين الجديد بوجه خاص الأحكام المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت وبالهبة وبسداد الدين قبل إيلولة التركة للورثة . فقد صحح النصوص الخاصة ببيع المريض مرض الموت من الأخطاء التى تسربت إليها فى التقنين القديم إذ جعل العبرة بالقدر الحائز به لقيمة المبيع ، ونظر إلى قيمة المبيع وقت الموت لا وقت البيع . ولم يقتصر من تصرفات المريض على البيع بل أورد فى النصوص المتعلقة بالوصية أحكاماً تناولت تصرفات المريض بوجه عام ، نقلها عن الفقه الإسلامى والقضاء المصرى . فنصت المادة ٩١٦ على أن : « ١ - كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف . ٢ - وعلى ورثة من تصرفوا أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتأريخ السند إذا لم يكن هذا

من مزايا أدركها علماء القرب منذ زمن بعيد ، وبقى على دول الشرق أن تحملها الحمل الخلق بها وأن تحرر عملياً عن اعتراضها بها وحرصها على استدامتها . ولعل من نافعة القول أن يشار إلى أن هنا المسلك أضمن فى رعاية ما للماضى من حرمة ، وأبلغ فى قضاء حق القدماء الذين نهضوا الفقه الإسلامى بإجتهادهم ، وأسبنوا على أحكامه من المرونة ما جعلها تنقسم لما درج الناس عليه فى معاملاتهم . ولا ترى اللجنة فى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية على هذا الوجه أى مساس باستقرار المعاملات ، بل ترى فيه تمكيناً لأسباب الاستقرار من طريق تنصى التقاليد الصالحة التى ألقتها التعاملات فى البلاد منذ مئات السنين . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ من ١٣١ - ١٣٢) .

التاريخ ثابتاً . ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه . ونصت للمادة ٩١٧ على أنه : « إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يعم دليل يخالف ذلك » .

كذلك فعل التقنين الجديد في عقد الهبة . فقد قل أحكام التقنين القديم المتعلقة بها . ولم يكنف بذلك ، فإن هذه الأحكام كانت مقتضية ، وكانت مقصورة على الشكل دون الموضوع . فأورد أحكام الهبة كاملة من حيث شكلها ومن حيث موضوعها . واستمدت الأحكام الموضوعية من الفقه الإسلامي .

ولم يقتصر التقنين الجديد على الأخذ بالمبدأ القاضى بالأ تركة إلا بعد سداد الدين — وقد كان التقنين القديم يجعل المبدأ مفهوماً في ثنائياً نصوصه — بل عمد إلى هذا المبدأ الخطير فنظمه تنظيمًا دقيقاً وفصل الإجراءات التي تسكل تطبيقه ، وهي إجراءات عملية كانت الحاجة إليها ملحة ، فسد بذلك فراغاً كبيراً .

٢ - الجدير من الفقه الإسلامي الذي استحدثه التقنين الجديد :

وقد استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى استمدتها من الفقه الإسلامي . وبعض هذه الأحكام الجديدة هي مبادئ عامة : وبعضها مسائل تفصيلية .

فن المبادئ العامة التي أخذ بها ، النزعة الموضوعية التي تراها تتغلل كثيراً من نصوصه . وهذه هي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية ، آثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامي عمدته في الترجيح .

ومن هذه المبادئ أيضاً نظرية التمسك في استعمال الحق . لم يأخذها التقنين الجديد

عن القوانين الغربية فحسب ، بل استمدّها كذلك من أحكام الفقه الإسلامى . ولم يقتصر فيها على الميار الشخصى الذى اقتصرت عليه أكثر القوانين ، بل ضم إليها معياراً موضوعياً فى الفقه الإسلامى يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة ويتوقى الضرر الجسيم الذى قد يصيب الغير من استعماله .

وكذلك الأمر فى حوالة الدين ، أغفلتها القوانين اللاتينية ، ونظمتها القوانين الجرمانية متفقة فى ذلك مع الفقه الإسلامى . فأخذ بها التقنين الجديد .

ومبدأ الحوادث الطارئة (imprévision) أخذ به بعض التقنينات الحديثة . فرجح التقنين الجديد الأخذ به استناداً إلى نظرية الضرورة ونظرية الضرر فى الفقه الإسلامى .

ومن الأحكام التى استحدثها التقنين الجديد مسائل تفصيلية كما قدمنا ، اقتبسها من الفقه الإسلامى . ومن هذه المسائل : الأحكام الخاصة بمجلس العقد . وبإيجار الوقف ، وبالحكر ، وبإيجار الأراضى الزراعية ، وبهلاك الزرع فى العين المؤجرة ، وبانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للمدر ، وبوقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده .

٣ — الفقه الإسلامى أصبح مصدراً رسمياً للقانون المدنى :

وقد نصت المادة الأولى من التقنين الجديد على أنه « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

ويبين من ذلك أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الرسمى الثالث للقانون المدنى المصرى . وهى إذا أتت بعد النصوص التشريعية والعرف ، فإنها تسبق مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ولا شك فى أن ذلك يزد كثيراً فى أهمية الشريعة الإسلامية ، ويحمل دراستها دراسة علمية فى ضوء القانون المقارن أمراً ضرورياً لا من الناحية النظرية الفقهية فحسب ، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية . فكل من الفقيه والقاضى أصبح الآن مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدنى ، فيما لم يرد فيه نص ولم يقطع فيه عرف ،

بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى . ويجب عليه أن يرجع إلى هذه الأحكام قبل أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . بل لعل أحكام الشريعة الإسلامية ، وهى أدقّ تحديداً وأكثر انضباطاً من مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، هى التى تحمل محل هذه المبادئ والقواعد ، فتقتننا عنها فى كثير من المواطن ^(١) .

ثانياً — كيف تفسر النصوص التى استقيت من الشريعة الإسلامية وكيف تخلص منها الأصول — باعتبارها مصدراً رسمياً :

ونبين فى إيجاز كيف تفسر النصوص المستمدة من الشريعة الإسلامية ، باعتبارها مصدراً تاريخياً وباعتبارها مصدراً رسمياً .

أما النصوص التى نقلها التقنين الجديد عن الشريعة الإسلامية ، فأصبحت نصوصاً تشريعية وأصبح الفقه الإسلامى مصدراً تاريخياً لها ، فهذه نرجع فى تفسيرها إلى مصدرين رئيسيين :

المصدر الأول — هو القضاء المصرى فيما يوجد له تفسير فى هذا القضاء . والقضاء المصرى غنى بالمبادئ والأحكام فى موضوعات كرض الموت والشفعة والحكر وإيجار الوقف . فعلى من يفسر نصوص القانون الجديد الواردة فى هذه الموضوعات وأمثالها أن يرجع إلى هذا القضاء فيما استقر عليه من المبادئ .

(١) هذا هو الحد الذى وصل إليه التقنين الجديد فى الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، عدا المسائل الأخرى التى أخذها بالثبات من الفقه الإسلامى ، وهى المسائل التى تقدم ذكرها . أما جعل الشريعة الإسلامية هى الأساس الأول الذى يبنى عليه تشريعنا المدنى ، فلا يزال أمينة من أعز الأمناء التى تحتلج بها الصدور ، وتطوى عليها الجوارح . ولكن قبل أن تصبح هذه الأمينة حقيقة واقعة ، ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية فى ضوء القانون المقارن . ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامى مصدراً رسمياً للقانون الجديد ما يعاون على قيام هذه النهضة .

وقد حاول بعض رجال القانون أن يسبقوا الحوادث ، فدرسوا الشريعة الإسلامية دراسة سطحية لفة لاغناء فيها ، وقدموا عودجاً يشتمل على بعض النصوص فى نظرية العقد ، زعموا أنها أحكام الشريعة الإسلامية وهى ليست من الشريعة الإسلامية فى شىء . ودار فى شأن هذه النصوص حوار عنيف فى لجنة القانون المدنى عجلت الشيوخ .

(انظر فى تفصيل هذه المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٨٥ — ٨٩) .

والمصدر الثانى — هو ما جاء فى كتب الفقه الإسلامى ، وبخاصة فى تفسير ما لا يوجد له تفسير فى القضاء المصرى . والرجوع إلى الفقه الإسلامى فى كتبه للمتمدة واجب أيضاً عندما يراد استخلاص الأحكام من الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رسمياً للقانون للذى .

وفى رأينا أنه حيث ينبى الرجوع إلى الفقه الإسلامى فى كتبه المتمدة ، سواء أكان هذا الفقه هو المصدر الرسمى التى تستمد منه الأحكام أم كان هو المصدر التاريخى الذى تفسر فى ضوئه النصوص التشريعية ، يجب أن يراعى أمران جوهران :

الأمر الأول — هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامى . فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها . ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، بل ولا للتقيد بالمذهب الحنفى فى جلته . ولعلنا نذهب إلى مدى أبعد ، فنقول إنه لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة ، فهناك مذاهب أخرى ، كمذهب الزيدية ومذهب الإمامية ، يمكن الانتفاع بها إلى حد بعيد .

والأمر الثانى — هو أن يراعى فى الأخذ بأحكام الفقه الإسلامى التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التى يقوم عليها التشريع للذى فى جلته . فلا يجوز الأخذ بحكم فى الفقه الإسلامى يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ ، حتى لا يفقد التقنين للذى تجانسه وانسجامه . وفيما قدمناه من الرخصة فى الأخذ بمذاهب الفقه جميعاً ، دون تمييز بين مذهب ومذهب ، ما يجعل تحقيق هذا التنسيق ميسوراً ، فلا يضل الباحث فى تفصيلات الفقه الإسلامى ، ولا يختار منها إلا ما يتسق مع المبادئ العامة للتشريع للذى^(١) .

(١) وفى محاولة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية عن دراسة سطحية لاصق فيها ، وهى المحاولة التى أشرنا إليها فيما تقدم ، طن واضع النموذج الذى سبق ذكره أن نظرية عبوب الرضاء ونظرية البطان ونظرية السب ونظرية الفسخ هى نظريات يمكن الأخذ بها كما هى ميسومة فى القوانين الحديثة مع نسبتها إلى مذاهب فى الفقه الإسلامى تتعارض معها كل التعارض . ويدعى أن الشريعة الإسلامية لا تخدم عن طريق أن ينسب إليها ما ليس منها وإنما تخدم عن طريق دراستها دراسة علمية صحيحة ، وأول شرط لهذه الدراسة هى الأمانة العلمية . ولا يجب الشريعة الإسلامية أنها لا تطاوع فى بعض نظرياتها ما وصل إليه القانون الحديث من نظريات معروفة ، ولكن يجبها أن تشوه مبادئها وأن تعسخ أحكامها .

ج - التقنيات الحديثة

أولاً - ما الذى استفاد التقنيون الجريء من هذا المصدر :

والمصدر الثالث الذى استقى منه التقنيون الجديد بعض أحكامه ، والكثير من صيغه وعباراته هو التقنيون الحديث . فقد حرص واضعو التقنيون الجديد على أن ينتموا انتفاعاً كاملاً بكل خطوة خطتها التقنيات الحديثة فى طريق الكمال من ناحية الأسلوب الفنى والصياغة التشريعية .

وقد رتبت هذه التقنيات الحديثة فانتظمها أقسام ثلاثة : القسم الأول التقنيات اللاتينية قديماً وحديثاً . فالقديم يأتى على رأسه التقنين الفرنسى ، ومعه التقنين الإيطالى القديم ، والتقنين الأسبانى ، والتقنين البرتغالى ، والتقنين الهولندى . والحديث يشمل على التقنينين التونسى والمراكشى ، والتقنين اللبنانى ، والمشروع الفرنسى الإيطالى ، والتقنين الإيطالى الجديد . والقسم الثانى التقنيات الجرمانية ، وأهمها التقنين الألمانى ، والتقنين السويسرى ، والتقنين النمساوى . والقسم الثالث تقنيات متخيرة استقت من كلتا المدرستين اللاتينية والجرمانية . وأهم هذه التقنيات التقنين البولونى ، والتقنين البرازيلى ، والتقنين الصينى ، والتقنين اليابانى .

ولسكل من هذه التقنيات مزايا وعيوب^(١) ، وقد توخى التقنيون الجديد أن ينفع

(١) فالمشروع الفرنسى الإيطالى أكسب التقنيات اللاتينية الثقة جده لم تكن لها ، وفتح فيها روح العصر ، وجمع بين البساطة والوضوح ، مع شئ كثير من الدقة والتجديد . على أن المشروع يكاد يكون محافظاً إذا قيس إلى التقنيات العالية الأخرى . والتقنين الألمانى يعد أضخم تقنين صدر فى العصر الحديث وهو خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن كامل ، ويبرز من الناحية الفقهية أى تقنين آخر ، فقد اتبع طريقة تعد من أدق الطرق العلمية وأقربها إلى النطق القانونى . ولكن هذا كان عائناً له عن الانتشار ، فإن تعقيد الفنى ودقته العلمية أفسداه بعض الشيء عن منحى الحياة العملية ، وجلباه مغلق التركيب ، عسر الفهم . والتقنين النمساوى يرجع عهده إلى أوائل القرن التاسع عشر ، فقد ظهر فى سنة ١٨١٢ عقب التقنين الفرنسى ، ولكنه لم ينجح له من النجاح ما أتيح لهذا التقنين ، فلكى بقى محمود الانتشار فى أوروبا حتى غمره التقنين الألمانى ، وقد قام النمساويون بتفقيح تقنينهم فى أول سنة الحرب العالمية الأولى ، وظهر =

بمزاياها وأن يتوقى عيوبها . وهذا كله في حدود تقاليدنا القانونية وما استقر عليه قضاؤنا وقهنا . وأكثر ما رجع إليه التقنين الجديد من هذه التقنيات ، خمسة : المشروع الفرنسى الإيطالى ، والتقنين الإيطالى الجديد ، والتقنين السويسرى ، والتقنين الألمانى ، والتقنين البولوى . فالتقنين الجديد ، وإن كان قد اتخذ التقنيات اللاتينية أساساً له إلا أنه لم يلتزمها وحدها ، بل رجع أيضاً إلى التقنيات الجرمانية .

وقد رجع التقنين الجديد إلى هذه التقنيات الحديثة في بعض النواحي الموضوعية . ولكنه رجع إليها أكثر ما رجع في نواحي الصياغة والأسلوب .

أما النواحي الموضوعية فأهمها بعض النظم القانونية التي كانت تنقص القانون القديم كالمؤسسات وحوالة الدين والإعسار ، وبعض المسائل التفصيلية التي أخذت عن التقنيات الحديثة ، كسئولية عديم التمييز والمسئولية عن الآلات الميكانيكية والنصوص الخاصة بالحوادث الطارئة وبيادارة للملكية في الشيوع وبملكية الأسرة وبأعماذ ملاك الطبقات . وجارى التقنين الجديد فوق ذلك ، كما قدمنا ، التقنيات الجرمانية والفقه الإسلامى في إثبات المعايير الموضوعية على المعايير الذاتية في كثير من المسائل .

وأما نواحي الصياغة والأسلوب فقد أفاد منها التقنين الجديد أكبر الفائدة . ولكن واضعى هذا التقنين حرصوا كل الحرص ، وهم في سبيل الانتفاع من التقنيات الحديثة في الصياغة والأسلوب ، على أن يحققوا أمرين : أولهما أن تكون العبارات التي استعيرت من التقنيات الأجنبية لم تقتبس إلا لأنها تؤدي ، في أمانة ووضوح ، للمعنى التي قصدوا إلى نقلها عن القضاء المصرى وعن نصوص التقنين القديم . والأمر الثانى أنهم

= التتبع في سنة ١٩١٦ ، فأعاد لهذا التقنين المتبع شيئاً من الجدة والمسايرة لروح العصر . أما التقنين السويسرى — تقنين الالتزامات والتقنين المدنى — فقد كان ينتظر أن يكون ، وهو من عمل الأستاذة (فيك وهوبر) ، عملاً قهناً ، فإذا به ذو صفة عملية بارزة . ويجمع التقنين السويسرى إلى الوضوح والبساطة ، الدقة والتصق وإن كان خداعاً في بعض المواضع فيما يسم به من وضوح ودقة (أنظر في كل ذلك المحاضرة التي ألتيناها في الجمعية الجغرافية الملكية وقصصنا بها باب الاستفتاء في التقنين الجديد : مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٥٥٥ — ص ٥٥٩) .

فما استعاروه من صيغ وعبارات عن التقنيات الحديثة تجنبوا أن يقع أى تنافر فيما بين أجزاء التقنين ، وحرصوا على أن تنصهر هذه العناصر كلها فى بوتقة واحدة ، وأن ينتظم جانبها جميعاً عقد واحد .

ثانياً — كيف نضر النصوص التى استقيت من التقنيات الحديثة :

أهم مبدأ ينبى أن ننبه له الباحث فى تفسير التقنين المدنى الجديد هو أن نصوص هذا التقنين التى استمدت من التقنيات الأجنبية يجب أن تفصل فصلاً تاماً عن مصادرها الأجنبية ، فلا يرجع إلى هذه المصادر فى تطبيقها وتفسيرها . هذه النصوص التشريعية قد اندمجت فى تقنين قائم بذاته ، فأصبح لها من الكيان الذاتى ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التى أخذت منها . وإنما يجب الرجوع فى تفسير هذه النصوص إلى مصادرها الموضوعية من قضاء مصرى سابق ومن قه مصرى تقليدى ومن نصوص تشريعية قديمة . هذه هى المصادر الأولى التى يجب أن يرجع إليها فى التفسير . وقد ألحنا فى التنبيه على ذلك عندما تكلمنا فى القضاء المصرى كمصدر أول استقى منه تنقيح التقنين للدنى . أما التقنيات الأجنبية فلا يرجع إليها إلا لأغراض علمية بحثية ، كالموازنة بين الشرائع المختلفة ، وكاستقصاء التطور التاريخى لنظام قانونى معين .

هذا المبدأ الجوهرى الذى نقرره يفرض نفسه على كل باحث فى التقنين الجديد
للاسباب الآتية :

١ — أن الكثرة العالية من النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة إن هى ، فى الواقع من الأمر ، إلا تقنين لما جرى عليه القضاء المصرى ، أو إصلاح لعيوب فى نصوص التقنين القديم . ولم يقصد من الاستئناس بصياغة التقنيات الحديثة ومن محاكاة أسلوبها التشريعى لإحداث أى تغيير فى الأحكام التى تضمنتها نصوص التقنين القديم أو جرى بها القضاء المصرى ، وقد تكررت الإشارة إلى ذلك ^(١) .

(١) وقد جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ما يترتب من هذا المعنى فيما يأتى : =

٢ — أن القليل الباقي من النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة ، وهى التى طرقت موضوعات جديدة لم تكن موجودة فى التقنين القديم ، لم تنقل هذه الموضوعات على علاقتها من مصادرها الأجنبية . بل إن هذه النصوص قد محصت قبل نقلها إلى التقنين الجديد ، وعدلت بحيث تتسق مع سائر النصوص . فهى أقرب إلى أن تكون جزءاً أصيلاً متماسكاً من أجزاء هذا التقنين ، تسرى فيه روحه ، وينبسط عليه ما ينظم سائر الأجزاء من وحدة وانسجام^(١) .

٣ — أن أية محاولة يراد بها تفسير النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة بالرجوع إلى هذه التقنيات هى محاولة مقضى عليها بالفشل . فإن هذه التقنيات كثيرة متنوعة ، ولكل تقنين نهجه وشرعته ، وله قفقه وقضاؤه ، وكثيراً ما يقع بينها التعارض والتنافر .

== « والكثرة الغالبة من النصوص المروضة قد ظفرت من وراء الاستئناس بصيغ التقنيات الأجنبية بدقة فى الأداء ، ولإيجاز فى التعبير ، جلالاً للمشروع قيمة فنية ذاتية ، وطابعاً حساناً . وقد روجت هذه النصوص فى اللجنة التى أنشأتها وزارة العدل بعد جمع الآراء من طريق الاستفتاء ، وروجت كذلك فى لجان مجلسى البرلمان ، وأدخل عليها من التعديل اللفظي والموضوعي ما يجعلها تعبر تعبيراً واضحاً عن المبادئ التى قصدت لإدائها . ولأجل أن يجب على المشروع انتفاعه من التجربة التى انتهت إليها التقنيات الأجنبية فى حدود الصياغة ، ولا سيما بعد أن روجت الصياغة على النحو المتقدم ذكره ، وانفصلت بذلك عن كل مصدر من مصادر الاستئناس ، وأصبحت معبرة فى ذاتها عن المبادئ التى استظهرها كل من ساهم فى وضع المشروع أو مراجعته أو إقراره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣٣) .

(١) وهذا أيضاً ما جاء فى تقرير لجنة التأويل المدنى بمجلس الشيوخ فى هذا المعنى : « أما النصوص التى اقتبست أحكامها من تقنيات أجنبية من حيث الموضوع فهى قليلة إذا قيست بأثر نصوص المشروع . وهى تتناول أوضاعاً مستقلة أو مسائل تفصيلية تصلح لأن يفصل فيها برأى أو آخر فى أى تقنين من التقنيات ، دون أن يمثل ذلك بتناسق قواعده العامة أو تماسكها ولم يتوخ المشروع فى ذلك مجرد النقل أو التقليد دون نظر إلى ظروف البيئة المصرية ، ولكنه جعل من ظروف هذه البيئة رائده ، فاسترشدها فى الفاضلة بين الحكم الصادر فى تقنين وبين غيره مما فى تقنيات أخرى . وأدخل فى كثير من الحالات على ما اقتبس من أحكام تعديلات جوهرية تروا على ما تقتضى تلك الظروف . وهو فى هذا لم يتخذ عن الأسلوب المتبع فى أكثر الدول عند التقنين فى الوقت الحاضر ، والمتبع فى مصر فعلاً بالنسبة إلى كثير من التفسيرات . وقد أدمجت الأحكام التى اقتبست على هذا الوجه فى المشروع ، وروعى فى هذا الإدماج لإحكام التآلف بينها وبين سائر أجزائه . ثم روجت فى مختلف اللجان على ما تقدم ذكره من قبل ، فاستوى من ذلك كله تقنين متواصل الأجزاء متماسك الأحكام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣٣) .

فكيف يجوز أن يرجع في تفسير تقنين ممالك الأجزاء ، منسق النواحي ، إلى مصادر متضاربة متناقضة^(١) !

٤ — أن هذا الذي قرره من وجوب أن يكون للنصوص التشريعية كيان ذاتي ، تمييز في البيئة التي تطبق فيها ، ولتوثق صلتها بما يحيط بها من ملازمات ، ولتطور تبعاً لما تقتضيه الحاجات المتجددة للتغيرة ، هو ما يقول به سالي وغيره من أقطاب القانون^(٢) ، وهذه هي خير مدرسة نعرفها في تفسير النصوص التشريعية .

٥ — أن هذا الذي قرره هو أيضاً ما قصد إليه صراحة واضعو التقنين الجديد . تبين ذلك في وضوح تام من الأعمال التحضيرية ، ونراه مذكوراً في مبادئ التفسير التي أدلى بها أمام مجلس الشيوخ ، ونقله مردها في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وفي تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ .

أما مبادئ التفسير التي أدلى بها أمام مجلس الشيوخ فقد جرت على الوجه الآتي :

« (أولاً) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالي ومن المبادئ التي أقرها القضاء المصري طوال السبعين سنة الماضية ، ومطابقة للقواعد القانونية التي جرى عليها القضاء والفقه في مصر . وهذا هو المصدر الذي يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استثناس للصياغة وحدها . (ثانياً) أن الأحكام التي اشتقت أصلاً من الشريعة الإسلامية يرجع في تفسيرها إلى

(١) وفي رأينا أنه إذا جاز الرجوع في تفسير التقنين الجديد إلى مصدر أجنبي ، فلا يكون هذا المصدر إلا الفقه الفرنسي باعتبار أن الفقه المصري لا يزال يستمد منه ، ولا يفتأ يتابع خطواته في كثير من المسائل . وسيرى الناري أننا في هذا الكتاب نشير في مناسبات كثيرة لأراء الفقهاء الفرنسيين إلى جانب آراء الفقه المصري . أما الرجوع إلى غير الفقه المصري والفقه الفرنسي فلا يكون إلا لأغراض علمية بحثية كما أسلفنا القول . ولا نزال نقرّب اليوم انتهى يبلغ فيه الفقه المصري أشده ، فيصبح غنياً عن غيره بما يتوافر له من أسباب ذاتية . وغنى عن البيان أن الرجوع إلى الفقه الإسلامي متعين فيما يجب الرجوع فيه إلى هذا الفقه ، على النحو الذي سبق بيانه .

(٢) أنظر التلمذة التي وضعها الأستاذ سالي يقدم بها كتاب الأستاذ جني المعروف في « طرق تفسير القانون الخامس » .

أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة ما جاء في المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً من مصادر القانون ومن أن للقاضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان هناك محل لذلك . (ثالثاً) أما الأحكام القليلة التي اشتقت من تقنينات أجنبية في موضوعات جديدة مستقلة (المؤسسات ، حوالة الدين ، ملكية الأسرة ، اتحاد الملاك ، الإعسار المدني ، تصفية التركات) فقد روعي في وضعها أن تكون متمشية مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والعادات ، متناسقة مع سائر أحكام المشروع . وبذلك تكون قد انزلت من مصادرها وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من نصوص ، ويرجع في تفسيرها إلى النصوص ذاتها وما درج عليه القضاء في مثل هذه الأحوال ^(١) .

وأما ما جاء في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب في هذا الصدد ، فهذا هو :

« ولا يسع اللجنة ، وهي تختم تقريرها ، إلا أن تسجل الكلمة القيمة التي أدلى بها مندوب

(١) وقد أقرت الحكومة هذا البيان . وهو يان عهدت لجنة التأون المدني إلى رئيسها حضرة الشيخ المحترم محمد عبد الوكيل (باشا) في أن يدل به أمام مجلس الشيوخ ، وقد أدلى به فلا أمام المجلس ، وقدم له في خطابه بالبرابر الآتية : « ولا يحسن أحد أن تعدد المصادر على الوجه المتقدم أقتد المشروع ما كان ينبغي أن يتوافر له من أسباب التماسك والتناسق . فالواقع أن هذه المصادر جيباً تتنارب في مشاربها . قواعد التقنين الحال وما يكملها من اجتهاد النضاء عاشا جنباً إلى جنب مع الشريعة الإسلامية والتواعد المستمدة منها . ثم إن القواعد المستمدة من التوازن الحديثة تمثل التقدم العلمي الذي تحقق على أساس تطور القديم . وهل خطت مصر خطوة واسعة في تشرعاتها إلا على أساس تخبر الصالح من مختلف المصادر بل ومن تشرعات متباينة . والواقع أن العبرة في التقنين بتسك الحلول وتواصلها ، فقد يتم هذا التواصل وذلك التماسك رغم تعدد المصادر إذا بذلت العناية الواجبة في هذا الشأن ، وقد ينتفيان رغم وحدة المصدر إذا قصرت هذه العناية عن تحقيق الغرض . والمشروع المروض قد وفق في التأليف بين القواعد التي استعاضها من المصادر التي تضمنت الإشارة إليها ، وقد يسر له ذلك اعتماده اعتماداً أولياً ورئيسياً على التقنين الحالي وقضاء المحاكم المصرية وأحكام الشريعة الإسلامية كما أسلفنا . ومن الواجب أن أخير فوق هذا كله إلى أن تنقيح التأون المدني في أية دولة من الدول في الوقت الحاضر لا يمكن أن يغفل تقدم التقنينات في الدول الأخرى ، أو يهمل الاسترشاد بها والاقبال منها . وأبلغ شاهد على ذلك ما وقع في التقنين المدني السويسري والبناني والبولوني والإيطالي والمشروع الفرنسي الجديد . وقد أثار بعض حضرات رجال التأون مسألة مصادر المشروع ، وقسموا في هذا الشأن بعض ملاحظات تعرض لتفهم أحكام المشروع وتفسيرها وتطبيقها . وكانت اللجنة قد أوقت هذه المسألة حتها من البحث في تقريرها ، وقت من ناحتي بتوضيح الأمر في كلتي هذه ، إلا أنه رغبة في زيادة الإيضاح ، وتأ كيداً للمعنى الذي ذهب إليه اللجنة ، عهدت إلى أن أدلى برأيها في هذا الموضوع الهام بالبيان التالي : (أولاً) أن النالية العلمى من أحكام هذا المشروع... الخ » .

(مجموعة الأعمال التصيرية ١ ص ١١٦ و ١١٧ و ١١٨ و ١١٩ و ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٢ و ١٢٣ و ١٢٤ و ١٢٥ و ١٢٦ و ١٢٧ و ١٢٨ و ١٢٩ و ١٣٠ و ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٤ و ١٣٥ و ١٣٦ و ١٣٧ و ١٣٨ و ١٣٩ و ١٤٠ و ١٤١ و ١٤٢ و ١٤٣ و ١٤٤ و ١٤٥ و ١٤٦ و ١٤٧ و ١٤٨ و ١٤٩ و ١٥٠ و ١٥١ و ١٥٢ و ١٥٣ و ١٥٤ و ١٥٥ و ١٥٦ و ١٥٧ و ١٥٨ و ١٥٩ و ١٦٠ و ١٦١ و ١٦٢ و ١٦٣ و ١٦٤ و ١٦٥ و ١٦٦ و ١٦٧ و ١٦٨ و ١٦٩ و ١٧٠ و ١٧١ و ١٧٢ و ١٧٣ و ١٧٤ و ١٧٥ و ١٧٦ و ١٧٧ و ١٧٨ و ١٧٩ و ١٨٠ و ١٨١ و ١٨٢ و ١٨٣ و ١٨٤ و ١٨٥ و ١٨٦ و ١٨٧ و ١٨٨ و ١٨٩ و ١٩٠ و ١٩١ و ١٩٢ و ١٩٣ و ١٩٤ و ١٩٥ و ١٩٦ و ١٩٧ و ١٩٨ و ١٩٩ و ٢٠٠ و ٢٠١ و ٢٠٢ و ٢٠٣ و ٢٠٤ و ٢٠٥ و ٢٠٦ و ٢٠٧ و ٢٠٨ و ٢٠٩ و ٢١٠ و ٢١١ و ٢١٢ و ٢١٣ و ٢١٤ و ٢١٥ و ٢١٦ و ٢١٧ و ٢١٨ و ٢١٩ و ٢٢٠ و ٢٢١ و ٢٢٢ و ٢٢٣ و ٢٢٤ و ٢٢٥ و ٢٢٦ و ٢٢٧ و ٢٢٨ و ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٣١ و ٢٣٢ و ٢٣٣ و ٢٣٤ و ٢٣٥ و ٢٣٦ و ٢٣٧ و ٢٣٨ و ٢٣٩ و ٢٤٠ و ٢٤١ و ٢٤٢ و ٢٤٣ و ٢٤٤ و ٢٤٥ و ٢٤٦ و ٢٤٧ و ٢٤٨ و ٢٤٩ و ٢٥٠ و ٢٥١ و ٢٥٢ و ٢٥٣ و ٢٥٤ و ٢٥٥ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨ و ٢٥٩ و ٢٦٠ و ٢٦١ و ٢٦٢ و ٢٦٣ و ٢٦٤ و ٢٦٥ و ٢٦٦ و ٢٦٧ و ٢٦٨ و ٢٦٩ و ٢٧٠ و ٢٧١ و ٢٧٢ و ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٧٥ و ٢٧٦ و ٢٧٧ و ٢٧٨ و ٢٧٩ و ٢٨٠ و ٢٨١ و ٢٨٢ و ٢٨٣ و ٢٨٤ و ٢٨٥ و ٢٨٦ و ٢٨٧ و ٢٨٨ و ٢٨٩ و ٢٩٠ و ٢٩١ و ٢٩٢ و ٢٩٣ و ٢٩٤ و ٢٩٥ و ٢٩٦ و ٢٩٧ و ٢٩٨ و ٢٩٩ و ٣٠٠ و ٣٠١ و ٣٠٢ و ٣٠٣ و ٣٠٤ و ٣٠٥ و ٣٠٦ و ٣٠٧ و ٣٠٨ و ٣٠٩ و ٣١٠ و ٣١١ و ٣١٢ و ٣١٣ و ٣١٤ و ٣١٥ و ٣١٦ و ٣١٧ و ٣١٨ و ٣١٩ و ٣٢٠ و ٣٢١ و ٣٢٢ و ٣٢٣ و ٣٢٤ و ٣٢٥ و ٣٢٦ و ٣٢٧ و ٣٢٨ و ٣٢٩ و ٣٣٠ و ٣٣١ و ٣٣٢ و ٣٣٣ و ٣٣٤ و ٣٣٥ و ٣٣٦ و ٣٣٧ و ٣٣٨ و ٣٣٩ و ٣٤٠ و ٣٤١ و ٣٤٢ و ٣٤٣ و ٣٤٤ و ٣٤٥ و ٣٤٦ و ٣٤٧ و ٣٤٨ و ٣٤٩ و ٣٥٠ و ٣٥١ و ٣٥٢ و ٣٥٣ و ٣٥٤ و ٣٥٥ و ٣٥٦ و ٣٥٧ و ٣٥٨ و ٣٥٩ و ٣٦٠ و ٣٦١ و ٣٦٢ و ٣٦٣ و ٣٦٤ و ٣٦٥ و ٣٦٦ و ٣٦٧ و ٣٦٨ و ٣٦٩ و ٣٧٠ و ٣٧١ و ٣٧٢ و ٣٧٣ و ٣٧٤ و ٣٧٥ و ٣٧٦ و ٣٧٧ و ٣٧٨ و ٣٧٩ و ٣٨٠ و ٣٨١ و ٣٨٢ و ٣٨٣ و ٣٨٤ و ٣٨٥ و ٣٨٦ و ٣٨٧ و ٣٨٨ و ٣٨٩ و ٣٩٠ و ٣٩١ و ٣٩٢ و ٣٩٣ و ٣٩٤ و ٣٩٥ و ٣٩٦ و ٣٩٧ و ٣٩٨ و ٣٩٩ و ٤٠٠ و ٤٠١ و ٤٠٢ و ٤٠٣ و ٤٠٤ و ٤٠٥ و ٤٠٦ و ٤٠٧ و ٤٠٨ و ٤٠٩ و ٤١٠ و ٤١١ و ٤١٢ و ٤١٣ و ٤١٤ و ٤١٥ و ٤١٦ و ٤١٧ و ٤١٨ و ٤١٩ و ٤٢٠ و ٤٢١ و ٤٢٢ و ٤٢٣ و ٤٢٤ و ٤٢٥ و ٤٢٦ و ٤٢٧ و ٤٢٨ و ٤٢٩ و ٤٣٠ و ٤٣١ و ٤٣٢ و ٤٣٣ و ٤٣٤ و ٤٣٥ و ٤٣٦ و ٤٣٧ و ٤٣٨ و ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ و ٤٤٢ و ٤٤٣ و ٤٤٤ و ٤٤٥ و ٤٤٦ و ٤٤٧ و ٤٤٨ و ٤٤٩ و ٤٥٠ و ٤٥١ و ٤٥٢ و ٤٥٣ و ٤٥٤ و ٤٥٥ و ٤٥٦ و ٤٥٧ و ٤٥٨ و ٤٥٩ و ٤٦٠ و ٤٦١ و ٤٦٢ و ٤٦٣ و ٤٦٤ و ٤٦٥ و ٤٦٦ و ٤٦٧ و ٤٦٨ و ٤٦٩ و ٤٧٠ و ٤٧١ و ٤٧٢ و ٤٧٣ و ٤٧٤ و ٤٧٥ و ٤٧٦ و ٤٧٧ و ٤٧٨ و ٤٧٩ و ٤٨٠ و ٤٨١ و ٤٨٢ و ٤٨٣ و ٤٨٤ و ٤٨٥ و ٤٨٦ و ٤٨٧ و ٤٨٨ و ٤٨٩ و ٤٩٠ و ٤٩١ و ٤٩٢ و ٤٩٣ و ٤٩٤ و ٤٩٥ و ٤٩٦ و ٤٩٧ و ٤٩٨ و ٤٩٩ و ٥٠٠ و ٥٠١ و ٥٠٢ و ٥٠٣ و ٥٠٤ و ٥٠٥ و ٥٠٦ و ٥٠٧ و ٥٠٨ و ٥٠٩ و ٥١٠ و ٥١١ و ٥١٢ و ٥١٣ و ٥١٤ و ٥١٥ و ٥١٦ و ٥١٧ و ٥١٨ و ٥١٩ و ٥٢٠ و ٥٢١ و ٥٢٢ و ٥٢٣ و ٥٢٤ و ٥٢٥ و ٥٢٦ و ٥٢٧ و ٥٢٨ و ٥٢٩ و ٥٣٠ و ٥٣١ و ٥٣٢ و ٥٣٣ و ٥٣٤ و ٥٣٥ و ٥٣٦ و ٥٣٧ و ٥٣٨ و ٥٣٩ و ٥٤٠ و ٥٤١ و ٥٤٢ و ٥٤٣ و ٥٤٤ و ٥٤٥ و ٥٤٦ و ٥٤٧ و ٥٤٨ و ٥٤٩ و ٥٥٠ و ٥٥١ و ٥٥٢ و ٥٥٣ و ٥٥٤ و ٥٥٥ و ٥٥٦ و ٥٥٧ و ٥٥٨ و ٥٥٩ و ٥٦٠ و ٥٦١ و ٥٦٢ و ٥٦٣ و ٥٦٤ و ٥٦٥ و ٥٦٦ و ٥٦٧ و ٥٦٨ و ٥٦٩ و ٥٧٠ و ٥٧١ و ٥٧٢ و ٥٧٣ و ٥٧٤ و ٥٧٥ و ٥٧٦ و ٥٧٧ و ٥٧٨ و ٥٧٩ و ٥٨٠ و ٥٨١ و ٥٨٢ و ٥٨٣ و ٥٨٤ و ٥٨٥ و ٥٨٦ و ٥٨٧ و ٥٨٨ و ٥٨٩ و ٥٩٠ و ٥٩١ و ٥٩٢ و ٥٩٣ و ٥٩٤ و ٥٩٥ و ٥٩٦ و ٥٩٧ و ٥٩٨ و ٥٩٩ و ٦٠٠ و ٦٠١ و ٦٠٢ و ٦٠٣ و ٦٠٤ و ٦٠٥ و ٦٠٦ و ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦١٠ و ٦١١ و ٦١٢ و ٦١٣ و ٦١٤ و ٦١٥ و ٦١٦ و ٦١٧ و ٦١٨ و ٦١٩ و ٦٢٠ و ٦٢١ و ٦٢٢ و ٦٢٣ و ٦٢٤ و ٦٢٥ و ٦٢٦ و ٦٢٧ و ٦٢٨ و ٦٢٩ و ٦٣٠ و ٦٣١ و ٦٣٢ و ٦٣٣ و ٦٣٤ و ٦٣٥ و ٦٣٦ و ٦٣٧ و ٦٣٨ و ٦٣٩ و ٦٤٠ و ٦٤١ و ٦٤٢ و ٦٤٣ و ٦٤٤ و ٦٤٥ و ٦٤٦ و ٦٤٧ و ٦٤٨ و ٦٤٩ و ٦٥٠ و ٦٥١ و ٦٥٢ و ٦٥٣ و ٦٥٤ و ٦٥٥ و ٦٥٦ و ٦٥٧ و ٦٥٨ و ٦٥٩ و ٦٦٠ و ٦٦١ و ٦٦٢ و ٦٦٣ و ٦٦٤ و ٦٦٥ و ٦٦٦ و ٦٦٧ و ٦٦٨ و ٦٦٩ و ٦٧٠ و ٦٧١ و ٦٧٢ و ٦٧٣ و ٦٧٤ و ٦٧٥ و ٦٧٦ و ٦٧٧ و ٦٧٨ و ٦٧٩ و ٦٨٠ و ٦٨١ و ٦٨٢ و ٦٨٣ و ٦٨٤ و ٦٨٥ و ٦٨٦ و ٦٨٧ و ٦٨٨ و ٦٨٩ و ٦٩٠ و ٦٩١ و ٦٩٢ و ٦٩٣ و ٦٩٤ و ٦٩٥ و ٦٩٦ و ٦٩٧ و ٦٩٨ و ٦٩٩ و ٧٠٠ و ٧٠١ و ٧٠٢ و ٧٠٣ و ٧٠٤ و ٧٠٥ و ٧٠٦ و ٧٠٧ و ٧٠٨ و ٧٠٩ و ٧١٠ و ٧١١ و ٧١٢ و ٧١٣ و ٧١٤ و ٧١٥ و ٧١٦ و ٧١٧ و ٧١٨ و ٧١٩ و ٧٢٠ و ٧٢١ و ٧٢٢ و ٧٢٣ و ٧٢٤ و ٧٢٥ و ٧٢٦ و ٧٢٧ و ٧٢٨ و ٧٢٩ و ٧٣٠ و ٧٣١ و ٧٣٢ و ٧٣٣ و ٧٣٤ و ٧٣٥ و ٧٣٦ و ٧٣٧ و ٧٣٨ و ٧٣٩ و ٧٤٠ و ٧٤١ و ٧٤٢ و ٧٤٣ و ٧٤٤ و ٧٤٥ و ٧٤٦ و ٧٤٧ و ٧٤٨ و ٧٤٩ و ٧٥٠ و ٧٥١ و ٧٥٢ و ٧٥٣ و ٧٥٤ و ٧٥٥ و ٧٥٦ و ٧٥٧ و ٧٥٨ و ٧٥٩ و ٧٦٠ و ٧٦١ و ٧٦٢ و ٧٦٣ و ٧٦٤ و ٧٦٥ و ٧٦٦ و ٧٦٧ و ٧٦٨ و ٧٦٩ و ٧٧٠ و ٧٧١ و ٧٧٢ و ٧٧٣ و ٧٧٤ و ٧٧٥ و ٧٧٦ و ٧٧٧ و ٧٧٨ و ٧٧٩ و ٧٨٠ و ٧٨١ و ٧٨٢ و ٧٨٣ و ٧٨٤ و ٧٨٥ و ٧٨٦ و ٧٨٧ و ٧٨٨ و ٧٨٩ و ٧٩٠ و ٧٩١ و ٧٩٢ و ٧٩٣ و ٧٩٤ و ٧٩٥ و ٧٩٦ و ٧٩٧ و ٧٩٨ و ٧٩٩ و ٨٠٠ و ٨٠١ و ٨٠٢ و ٨٠٣ و ٨٠٤ و ٨٠٥ و ٨٠٦ و ٨٠٧ و ٨٠٨ و ٨٠٩ و ٨١٠ و ٨١١ و ٨١٢ و ٨١٣ و ٨١٤ و ٨١٥ و ٨١٦ و ٨١٧ و ٨١٨ و ٨١٩ و ٨٢٠ و ٨٢١ و ٨٢٢ و ٨٢٣ و ٨٢٤ و ٨٢٥ و ٨٢٦ و ٨٢٧ و ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٠ و ٨٣١ و ٨٣٢ و ٨٣٣ و ٨٣٤ و ٨٣٥ و ٨٣٦ و ٨٣٧ و ٨٣٨ و ٨٣٩ و ٨٤٠ و ٨٤١ و ٨٤٢ و ٨٤٣ و ٨٤٤ و ٨٤٥ و ٨٤٦ و ٨٤٧ و ٨٤٨ و ٨٤٩ و ٨٥٠ و ٨٥١ و ٨٥٢ و ٨٥٣ و ٨٥٤ و ٨٥٥ و ٨٥٦ و ٨٥٧ و ٨٥٨ و ٨٥٩ و ٨٦٠ و ٨٦١ و ٨٦٢ و ٨٦٣ و ٨٦٤ و ٨٦٥ و ٨٦٦ و ٨٦٧ و ٨٦٨ و ٨٦٩ و ٨٧٠ و ٨٧١ و ٨٧٢ و ٨٧٣ و ٨٧٤ و ٨٧٥ و ٨٧٦ و ٨٧٧ و ٨٧٨ و ٨٧٩ و ٨٨٠ و ٨٨١ و ٨٨٢ و ٨٨٣ و ٨٨٤ و ٨٨٥ و ٨٨٦ و ٨٨٧ و ٨٨٨ و ٨٨٩ و ٨٩٠ و ٨٩١ و ٨٩٢ و ٨٩٣ و ٨٩٤ و ٨٩٥ و ٨٩٦ و ٨٩٧ و ٨٩٨ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ و ٩٠٢ و ٩٠٣ و ٩٠٤ و ٩٠٥ و ٩٠٦ و ٩٠٧ و ٩٠٨ و ٩٠٩ و ٩١٠ و ٩١١ و ٩١٢ و ٩١٣ و ٩١٤ و ٩١٥ و ٩١٦ و ٩١٧ و ٩١٨ و ٩١٩ و ٩٢٠ و ٩٢١ و ٩٢٢ و ٩٢٣ و ٩٢٤ و ٩٢٥ و ٩٢٦ و ٩٢٧ و ٩٢٨ و ٩٢٩ و ٩٣٠ و ٩٣١ و ٩٣٢ و ٩٣٣ و ٩٣٤ و ٩٣٥ و ٩٣٦ و ٩٣٧ و ٩٣٨ و ٩٣٩ و ٩٤٠ و ٩٤١ و ٩٤٢ و ٩٤٣ و ٩٤٤ و ٩٤٥ و ٩٤٦ و ٩٤٧ و ٩٤٨ و ٩٤٩ و ٩٥٠ و ٩٥١ و ٩٥٢ و ٩٥٣ و ٩٥٤ و ٩٥٥ و ٩٥٦ و ٩٥٧ و ٩٥٨ و ٩٥٩ و ٩٦٠ و ٩٦١ و ٩٦٢ و ٩٦٣ و ٩٦٤ و ٩٦٥ و ٩٦٦ و ٩٦٧ و ٩٦٨ و ٩٦٩ و ٩٧٠ و ٩٧١ و ٩٧٢ و ٩٧٣ و ٩٧٤ و ٩٧٥ و ٩٧٦ و ٩٧٧ و ٩٧٨ و ٩٧٩ و ٩٨٠ و ٩٨١ و ٩٨٢ و ٩٨٣ و ٩٨٤ و ٩٨٥ و ٩٨٦ و ٩٨٧ و ٩٨٨ و ٩٨٩ و ٩٩٠ و ٩٩١ و ٩٩٢ و ٩٩٣ و ٩٩٤ و ٩٩٥ و ٩٩٦ و ٩٩٧ و ٩٩٨ و ٩٩٩ و ١٠٠٠ و ١٠٠١ و ١٠٠٢ و ١٠٠٣ و ١٠٠٤ و ١٠٠٥ و ١٠٠٦ و ١٠٠٧ و ١٠٠٨ و ١٠٠٩ و ١٠١٠ و ١٠١١ و ١٠١٢ و ١٠١٣ و ١٠١٤ و ١٠١٥ و ١٠١٦ و ١٠١٧ و ١٠١٨ و ١٠١٩ و ١٠٢٠ و ١٠٢١ و ١٠٢٢ و ١٠٢٣ و ١٠٢٤ و ١٠٢٥ و ١٠٢٦ و ١٠٢٧ و ١٠٢٨ و ١٠٢٩ و ١٠٣٠ و ١٠٣١ و ١٠٣٢ و ١٠٣٣ و ١٠٣٤ و ١٠٣٥ و ١٠٣٦ و ١٠٣٧ و ١٠٣٨ و ١٠٣٩ و ١٠٤٠ و ١٠٤١ و ١٠٤٢ و ١٠٤٣ و ١٠٤٤ و ١٠٤٥ و ١٠٤٦ و ١٠٤٧ و ١٠٤٨ و ١٠٤٩ و ١٠٥٠ و ١٠٥١ و ١٠٥٢ و ١٠٥٣ و ١٠٥٤ و ١٠٥٥ و ١٠٥٦ و ١٠٥٧ و ١٠٥٨ و ١٠٥٩ و ١٠٦٠ و ١٠٦١ و ١٠٦٢ و ١٠٦٣ و ١٠٦٤ و ١٠٦٥ و ١٠٦٦ و ١٠٦٧ و ١٠٦٨ و ١٠٦٩ و ١٠٧٠ و ١٠٧١ و ١٠٧٢ و ١٠٧٣ و ١٠٧٤ و ١٠٧٥ و ١٠٧٦ و ١٠٧٧ و ١٠٧٨ و ١٠٧٩ و ١٠٨٠ و ١٠٨١ و ١٠٨٢ و ١٠٨٣ و ١٠٨٤ و ١٠٨٥ و ١٠٨٦ و ١٠٨٧ و ١٠٨٨ و ١٠٨٩ و ١٠٩٠ و ١٠٩١ و ١٠٩٢ و ١٠٩٣ و ١٠٩٤ و ١٠٩٥ و ١٠٩٦ و ١٠٩٧ و ١٠٩٨ و ١٠٩٩ و ١١٠٠ و ١١٠١ و ١١٠٢ و ١١٠٣ و ١١٠٤ و ١١٠٥ و ١١٠٦ و ١١٠٧ و ١١٠٨ و ١١٠٩ و ١١١٠ و ١١١١ و ١١١٢ و ١١١٣ و ١١١٤ و ١١١٥ و ١١١٦ و ١١١٧ و ١١١٨ و ١١١٩ و ١١٢٠ و ١١٢١ و ١١٢٢ و ١١٢٣ و ١١٢٤ و ١١٢٥ و ١١٢٦ و ١١٢٧ و ١١٢٨ و ١١٢٩ و ١١٣٠ و ١١٣١ و ١١٣٢ و ١١٣٣ و ١١٣٤ و ١١٣٥ و ١١٣٦ و ١١٣٧ و ١١٣٨ و ١١٣٩ و ١١٤٠ و ١١٤١ و ١١٤٢ و ١١٤٣ و ١١٤٤ و ١١٤٥ و ١١٤٦ و ١١٤٧ و ١١٤٨ و ١١٤٩ و ١١٥٠ و ١١٥١ و ١١٥٢ و ١١٥٣ و ١١٥٤ و ١١٥٥ و ١١٥٦ و ١١٥٧ و ١١٥٨ و ١١٥٩ و ١١٦٠ و ١١٦١ و ١١٦٢ و ١١٦٣ و ١١٦٤ و ١١٦٥ و ١١٦٦ و ١١٦٧ و ١١٦٨ و ١١٦٩ و ١١٧٠ و ١١٧١ و ١١٧٢ و ١١٧٣ و ١١٧٤ و ١١٧٥ و ١١٧٦ و ١١٧٧ و ١١٧٨ و ١١٧٩ و ١١٨٠ و ١١٨١ و ١١٨٢ و ١١٨٣ و ١١٨٤ و ١١٨٥ و ١١٨٦ و ١١٨٧ و ١١٨٨ و ١١٨٩ و ١١٩٠ و ١١٩١ و ١١٩٢ و ١١٩٣ و ١١٩٤ و ١١٩٥ و ١١٩٦ و ١١٩٧ و ١١٩٨ و ١١٩٩ و ١٢٠٠ و ١٢٠١ و ١٢٠٢ و ١٢٠٣ و ١٢٠٤ و ١٢٠٥ و ١٢٠٦ و ١٢٠٧ و ١٢٠٨ و ١٢٠٩ و ١٢١٠ و ١٢١١ و ١٢١٢ و ١٢١٣ و ١٢١٤ و ١٢١٥ و ١٢١٦ و ١٢١٧ و ١٢١٨ و ١٢١٩ و ١٢٢٠ و ١٢٢١ و ١٢٢٢ و ١٢٢٣ و ١٢٢٤ و ١٢٢٥ و ١٢٢٦ و ١٢٢٧ و ١٢٢٨ و ١٢٢٩ و ١٢٣٠ و ١٢٣١ و ١٢٣٢ و ١٢٣٣ و ١٢٣٤ و ١٢٣٥ و ١٢٣٦ و ١٢٣٧ و ١٢٣٨ و ١٢٣٩ و ١٢٤٠ و ١٢٤١ و ١٢٤٢ و ١٢٤٣ و ١٢٤٤ و ١٢٤٥ و ١٢٤٦ و ١٢٤٧ و ١٢٤٨ و ١٢٤٩ و ١٢٥٠ و ١٢٥١ و ١٢٥٢ و ١٢٥٣ و ١٢٥٤ و ١٢٥٥ و ١٢٥٦ و ١٢٥٧ و ١٢٥٨ و ١٢٥٩ و ١٢٦٠ و ١٢٦١ و ١٢٦٢ و ١٢٦٣ و ١٢٦٤ و ١٢٦٥ و ١٢٦٦ و ١٢٦٧ و ١٢٦٨ و ١٢٦٩ و ١٢٧٠ و ١٢٧١ و ١٢٧٢ و ١٢٧٣ و ١٢٧٤ و ١٢٧٥ و ١٢٧٦ و ١٢٧٧ و ١٢٧٨ و ١٢٧٩ و ١٢٨٠ و ١٢٨١ و ١٢٨٢ و ١٢٨٣ و ١٢٨٤ و ١٢٨٥ و ١٢٨٦ و ١٢٨٧ و ١٢٨٨ و ١٢٨٩ و ١٢٩٠ و ١٢٩١ و ١٢٩٢ و ١٢٩٣ و ١٢٩٤ و ١٢٩٥ و ١٢٩٦ و ١٢٩٧ و ١٢٩٨ و ١٢٩٩ و ١٣٠٠ و ١٣٠١ و ١٣٠٢ و ١٣٠٣ و ١٣٠٤ و ١٣٠٥ و ١٣٠٦ و ١٣٠٧ و ١٣٠٨ و ١٣٠٩ و ١٣١٠ و ١٣١١ و ١٣١٢ و ١٣١٣ و ١٣١٤ و ١٣١٥ و ١٣١٦ و ١٣١٧ و ١٣١٨ و ١٣١٩ و ١٣٢٠ و ١٣٢١ و ١٣٢٢ و ١٣٢٣ و ١٣٢٤ و ١٣٢٥ و ١٣٢٦ و ١٣٢٧ و ١٣٢٨ و ١٣٢٩ و ١٣٣٠ و ١٣٣١ و ١٣٣٢ و ١٣٣٣ و ١٣٣٤ و ١٣٣٥ و ١٣٣٦ و ١٣٣٧ و ١٣٣٨ و ١٣٣٩ و ١٣٤٠ و ١٣٤١ و ١٣٤٢ و ١٣٤٣ و ١٣٤٤ و ١٣٤٥ و ١٣٤٦ و ١٣٤٧ و ١٣٤٨ و ١٣٤٩ و ١٣٥٠ و ١٣٥١ و ١٣٥٢ و ١٣٥٣ و ١٣٥٤ و ١٣٥٥ و ١٣٥٦ و ١٣٥٧ و ١٣٥٨ و ١٣٥٩ و ١٣٦٠ و ١٣٦١ و ١٣٦٢ و ١٣٦٣ و ١٣٦٤ و ١٣٦٥ و ١٣٦٦ و ١٣٦٧ و ١٣٦٨ و ١٣٦٩ و ١٣٧٠ و ١٣٧١ و ١٣٧٢ و ١٣٧٣ و ١٣٧٤ و ١٣٧٥ و ١٣٧٦ و ١٣٧٧ و ١٣٧٨ و ١٣٧٩ و ١٣٨٠ و ١٣٨١ و ١٣٨٢ و ١٣٨٣ و ١٣٨٤ و ١٣٨٥ و ١٣٨٦ و ١٣٨٧ و ١٣٨٨ و ١٣٨٩ و ١٣٩٠ و ١٣٩١ و ١٣٩٢ و ١٣٩٣ و ١٣٩٤ و ١٣٩٥ و ١٣٩٦ و ١٣٩٧ و ١٣٩٨ و ١٣٩٩ و ١٤٠٠ و ١٤٠١ و ١٤٠٢ و ١٤٠٣ و ١٤٠٤ و ١٤٠٥ و ١٤٠٦ و ١٤٠٧ و ١٤٠٨ و ١٤٠٩ و ١٤١٠ و ١٤١١ و ١٤١٢ و ١٤١٣ و ١٤١٤ و ١٤١٥ و ١٤١٦ و ١٤١٧ و ١٤١٨ و ١٤١٩ و ١٤٢٠ و ١٤٢١ و ١٤٢٢ و ١٤٢٣ و ١٤٢٤ و ١٤٢٥ و ١٤٢٦ و ١٤٢٧ و ١٤٢٨ و ١٤٢٩ و ١٤٣٠ و ١٤٣١ و ١٤٣٢ و ١٤٣٣ و ١٤٣٤ و ١٤٣٥ و ١٤٣٦ و ١٤٣٧ و ١٤٣٨ و ١٤٣٩ و ١٤٤٠ و ١٤٤١ و ١٤٤٢

الحكومة بعد الانتهاء من بحث للمشروع وهي : أن النصوص التشريعية الواردة في هذا للمشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الفرض من الرجوع إلى التقنيات الحديثة أن يتصل للمشروع بهذه التقنيات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكناً ، لا يكون مرغوباً فيه . فمن القاطع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، وبحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملائسات ، وما يخضع له من مقتضيات فينتصل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أيّاً كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذي يكون لمصر فيه قضاء ذاتي وفقه مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضع للمشروع من أن يكون لمصر قانون قومي يستند إلى قضاء وفقه لها من الطابع الذاتي ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور العالمي للقانون .

« وترحب اللجنة بهذه الفرصة الطيبة التي ستتاح للقضاء والفقه في مصر ، عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، في أن يجدا المكان الفسيح للاجتهاد والاستنباط بعد أن انفلت عنهما غل التقليد بمتابعة قانون واحد معين في نصوصه التشريعية وفي قضائه وفقهه ، بل بعد أن أصبحا في حل ، وقد انفصلت النصوص عن مصادرها ، من التقليد بمتابعة أي قانون معين ، نخرجاً بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الفسيح ^(١) » .

وهذا ما جاء أخيراً في تقرير لجنة القانون للدني بمجلس الشيوخ : « أما ما يقال عن صعوبة التفسير وإلزام القاضي بالرجوع إلى فقه دول متطرفة للوقوف على مفهوم نص معين ،

فترى اللجنة أن النصوص متى أدرجت في التقنين انزلت عن مصادر الاستثناس ، وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من نصوص هذا التقنين ، وأثرها في البيئة التي تمش فيها ، وانفعالها بظروف هذه البيئة . فما قل من الصيغ أو النصوص عن تشريعات أو تقنينات أجنبية وصل بنصوص أخرى في المشروع تحدت دلالتها من قبل في التقنين الحالي وفي الفقه المصري وأحكام القضاء في مصر ، وهذا التآلف هو أول بل وأهم عنصر من عناصر التفسير ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣٦ — ص ١٣٧ .

هذا وقد ساور بعض رجال القانون خشية من أن التقنين الجديد قد تموزه وحدة منسجمة يرجع إليها في تفسير ما غمض من نصوصه وفي تكيل ما قس من أحكامه (انظر مارافان في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٤٢ — الدكتور شفيق شحاته في جريدة المحاكم المختلطة عدد ٣٥٤٦ تاريخ ٤ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٥) . وهذه الخشية لا مبرر لها . فإن المصدر الأساسي للتقنين الجديد لا يزال هو النظام اللاتيني ، ممثلاً في نصوص التقنين القديم وفي أحكام القضاء المصري ، وممثلاً كذلك في التقنينات اللاتينية القديمة منها والحديثة ، ومقرناً بأحكام من الفقه الإسلامي تمود التشريع المدني المصري أن يراها متألفة مع النظام اللاتيني طوال السنين السابقات . ولم يدخل النظام الجرمانى في التقنين الجديد إلا بقدر ، وفي الحدود اللازمة لإصلاح عيوب النظام اللاتيني .
وسنعود إلى هذا الموضوع بتفصيل أوفى .

(٣)

الفروق الجوهرية ما بين التقنين القديم والجديد

(ما استحدث التقنين الجديد من أحكام ، وما قننه وكان معمولاً به من قبل)

* * *

فى غير ما أضاف التقنين الجديد سداً لنقص بين كان مأخوذاً فى التقنين القديم ، وفى غير ما عالج من عيوب كانت بارزة فى النصوص القديمة ، وفى غير التبويب وقد عولجت فيه عيوب التقنين القديم على النحو الذى قدمناه ، لم يحمل التقنين الجديد فى نصوصه وأحكامه شيئاً يفاير ما كان التقنين القديم يتضمن من نصوص وأحكام .

ويمكن رد الفروق الجوهرية ما بين التقنينين القديم والجديد إلى أصابىن : الأصل الأول هو ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل . والأصل الثانى هو ما قنن من أحكام كان معمولاً بها من قبل ولكن نصوص التقنين القديم كانت تقصر عن تأديتها .

١ — ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل

استحدث التقنين الجديد موضوعات كاملة لم يعرض لها التقنين القديم مع شدة الحاجة إليها ، ومسائل أخرى تفصيلية تناثرت فى أبوابه المختلفة .

(١) موضوعات عامة :

هذه الموضوعات هى المؤسسات والإعسار المدين وحالة الدين وتصفية التركة .

أولاً — المؤسسات (م ٦٩ — ٨٠) :

لم يكن التقنين القديم يعرف للمؤسسات (foundations) . وكان نظام الوقف المعروف يؤدى بعض الأغراض التى وجدت المؤسسات من أجلها ، وبخاصة الوقف الخبرى

الذى يرصد مباشرة على جهات البر . ولكن نظام الوقف في كثير من الحالات يضيق عن الوفاء بأغراض المؤسسات ، حتى أن كثيراً من المؤسسات الاجتماعية والخيرية في مصر لم يتسع لها هذا النظام ، فأتخذ نظام جمعية عادية على ما في ذلك من ضيق وخرج ، أو اتخذ بطريق مباشر شكل مؤسسة ، ولم يبال بانعدام النصوص القانونية التي تقرر أحكام المؤسسات . من أجل ذلك أدخل القانون الجديد نظام المؤسسات ، وأورد النصوص التي تقرر أحكامها .

وتتلخص هذه النصوص في أن المؤسسة شخص اعتباري يقوم على تخصيص مال لغرض لا ينطوي على ربح مادي . فيدخل في ذلك أعمال البر والأعمال العلمية والفنية والرياضية والدينية وغير ذلك من أعمال النفع العام . وتختلف المؤسسة عن الجمعية في أن الأولى تقوم على مال يخصص للغرض المقصود ، أما الأخرى فتقوم على جماعة من الأشخاص تتكون منهم الجمعية . وتختلف المؤسسة عن الوقف في أن الوقف لا يكون إلا في العقار ، أما المنقول فلا يوقف منه إلا ما تمورف الوقف فيه . هذا إلى أن الوقف يخضع لنظام لا مرونة فيه ، ولا يتسع لإنشاء مستشفيات وملاجئ ومعاهد وهيئات أخرى يتسع لها نظام المؤسسات بما انطوى عليه من مرونة^(١) .

وأداة تكوين المؤسسة هي إرادة المؤسس الذي خصص المال . وتفرغ هذه الإرادة في صورة سند رسمي إذا أنشأ المؤسسة حال حياته ، أو في صورة وصية إذا كان الإنشاء

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما فيما يتعلق بالمؤسسات فالأمر أدق ، إذ يجوز التساؤل عما إذا كان من المناسب إنشاء نظام آخر لحبس الأموال في بلد لا يزال نظام الوقف مطبقاً فيه وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية . على أن هذا التساؤل لا يلبث أن يقضى إلى وجوب الأخذ بنظام المؤسسات ، فتمت مؤسسات في مصر لم تتخذ شكل الوقف كاللجنة للصحة التي أنشئت في سنة ١٨٦١ وملاجئ أيتام سبتروبولو التي أنشئت في سنة ١٩٢٨ . ثم إن من المصريين من أراد أن ينفق - مستشفيات ومعاهد يخرجها عن المؤسسات لا يخرج الوقف ، فلم يجد أمامه إلا سبيلاً إلى الحكومة للاتفاق على هذه المنشآت . وتمت مؤسسة بنارو أو « قطرة الملب » وهو ملجأ لطلاب إسرائيل اتخذ شكل جمعية عند إنشائه مع أن منشئها كان يقصد أن يجعل منه مؤسسة للملاجئ . ولأن إنشاء مؤسسات تختلف عن الوقف قد عنت الناس في مناسبات متعددة . ولذلك يكون من الخير أن يوضع قسم المؤسسات لتفصيل البر وإقامة هذه المنشآت على قواعد مستقرة تكفل تحقيق الأغراض التي رصدت على ختمتها » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٣٧١) .

يفد الموت . ولم يحمل التقنين الجديد إنشاء المؤسسات خاضعاً لموافقة السلطة التنفيذية كما فعل التقنين الألماني والقانون البلجيكي . بل لم يحمل لهذه السلطة حق الاعتراض على إنشاء المؤسسات كما أشارت بذلك جمعية البحوث التشريعية في فرنسا . ولكنه أخضع المؤسسات لرقابة وكلها إلى الجهة التي تمنحها السلطة التنفيذية . وقد تكون هذه الجهة هي وزارة الشؤون الاجتماعية أو النيابة العامة أو أية مصلحة أخرى تعين لهذا الغرض . والقضاء هو الحكم ما بين المؤسسة وجهة الرقابة إذا ما اختلفتا في أمر جوهري .

وللقضاء أيضاً أن يعدل في النظام الذي تدار به المؤسسة . وله أن يخفف من التكاليف والشروط المقررة في سند الإنشاء ، بل له أن يلغىها إذا كان الإنشاء لازماً للمحافظة على أموال المؤسسة أو ضرورياً لتحقيق الغرض من إنشائها . وله أخيراً أن يحكم بإلغاء المؤسسة ذاتها إذا أصبحت في حالة لا تستطيع معها تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله ، أو إذا أصبح هذا الغرض غير ممكن التحقيق ، أو إذا صار مخالفاً للقانون أو للآداب أو للنظام العام . وفي هذه الأحكام الأخيرة من التوسعة والترخص ما يحمل نظام المؤسسات أكثر مرونة من نظام الوقف .

ثانياً — إحصاء المرنى (م ٢٤٩ — ٢٦٤) :

كثيراً ما عرض التقنين القديم للإعسار ، ورتب عليه نتائج خطيرة . ولكنه أغفل تنظيم هذا الإعسار ، فصارت الأمور إلى القوضى : لا الدائنون بمطمئنين لتصرفات مدينهم المسر ، ولا هم مطمئنون بعضهم لبعض ، ولا المدين بمطمئن لهم جميعاً . فنظم التقنين الجديد الإعسار نظماً راعى فيه مصلحة الدائن ومصلحة المدين معاً ، ونحاشى أن تكون هناك تصفية جماعية لأموال المدين للمسر حتى يجنبه ما يستتبع ذلك عادة من إزعاج وعنت . وراعى فيما يتعلق بالمدين أنه أصبح موكولاً إلى نظام أوضح حدوداً ، فلم يعد يلحق به وصف الإعسار بمجرد زيادة دينه على ماله ، بل يشترط أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه مستحقة الأداء ، والقاضى على كل حال لا يشهر إعساره إلا بعد أن

يقدر جميع الظروف التي أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف طمة أم خاصة ، فينظر إلى موارده المستقبلية ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ومصالح دائتيه للشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية . وإذا شبر إعسار المدين فليس من الحزم أن تحل ديونه المؤجلة ، إذ يجوز للقاضي أن يبقى على الأجل ، وله أن يمد فيه ، بل إن للقاضي أن يسير إلى مدى أبعد ، فينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء ذاتها . وبهذا تتاح للمدين المعسر تصفية ديونه ودياً في أحسن الظروف ملائمة . والمدين في سبيل التصفية يجوز له أن يتصرف في ماله ولو بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك بشمن المثل ، وعلى أن يقوم بإيداع الثمن خزانة المحكمة لتوزيعه على الدائنين . وللمدين فوق ذلك ، إذا وقع الدائنون المحجز على إراداته ، أن يطلب إلى القضاء نفقة يتقاضاها من إراداته المحجوزة .

هذا هو حال المدين من اليسر في هذا النظام . أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار من الحماية ما لم يكن متاحاً لهم في ظل التقنين القديم . ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون من أثره ألا ينفذ أى اختصاص ، يقع بعد التسجيل على عقارات المدين ، في حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل . كذلك لا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين . وتغزراً لحماية الدائنين من تصرفات المدين ، قرر التقنين الجديد توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب عملاً من أعمال الفش البين بإضراراً بدائتيه .

وبينين بما قدمناه أن النظام الذى وضعه التقنين الجديد للإعسار يكفل التوفيق بين جميع المصالح المتعارضة ، فهو يحمى المدين من دائتيه . ويحمى الدائنين من مدينتهم ، ويحمى الدائنين بعضهم من بعض .

ثالثاً — موانع الدين (م ٣١٥ — ٣٢٢) :

لم يكن التقنين القديم يعرف في انتقال الالتزام إلا حوالة الحق ولم يكن ينظم حوالة

الدين مع وضوح الحاجة إليها . فأضاف التقنين الجديد إلى حواله الحق حوالة الدين جرياً على سنن التقنينات الحديثة . هذا إلى أن الفقه الإسلامى قد نظم حوالة الدين تنظيلاً محكماً دقيقاً ، وإن كان لم ينظم حوالة الحق .

وفى التقنين الجديد تم حوالة الدين إما باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين دون حاجة إلى قبول الدائن ، وإما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل قبله الدين دون حاجة إلى قبول المدين . فإذا تمت الحوالة ، جاز للدائن أن يطالب المدين الجديد بالدين ذاته ، وجاز للمدين الجديد أن يتمسك قبل الدائن بالدفع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها . ويضمن المدين الأصلى للدائن أن يكون المدين الجديد موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة .

وقد طبق التقنين الجديد حوالة الدين تطبيقاً نافعاً فى حالة تعرض كثيراً فى العمل ، هى حالة بيع العقار المرهون رهناً رسمياً . فإنه يجوز أن يتفق البائع والمشتري على حوالة الدين للمضمون بالرهن ليتخلص البائع من الدين المترتب فى ذمته بالحوالة كما تخلص من الرهن ببيع العقار المرهون .

رابعاً — تصفية التركة (م ٨٧٦ — ٩١٤) :

من العيوب البارزة فى التقنين القديم أنه فى الوقت الذى كان يقر فيه القاعدة الشرعية للمعرفة التى تقضى بالآ تركة إلا بعد سداد الدين ، ولو أنه لم ينص عليها فى عبارة صريحة ، لم يكن يضع نظاماً لتصفية التركة ، حتى يتسلمها الورثة خالية من الديون ما دامت التركة لا تنتقل إليهم إلا بعد سدادها . وقد كان إغفال هذا النظام سبباً فى أن يقع القضاء والفقه فى مصر فى كثير من الاضطراب والارتباك ، فأراد التقنين الجديد أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص مفصلة ينظم بها تصفية التركة .

وبحسبنا هنا أن نحيل القارئ على هذه النصوص ، وهى تعتبر دون ريب من أهم ما استحدثه التقنين الجديد .

(ب) مسائل تفصيلية متروكة :

إلى جانب هذه الموضوعات الكاملة استحدثت التقنين الجديد أحكاماً أخرى تفصيلية تنمب أهمها فيما يأتي :

في الباب التمهيدي : عدت المادة الأولى مصادر القانون ، فذكرت الفقه الإسلامي من بينها ولاشك في أن هذا كسب جديد للشريعة الإسلامية ، لم تنظر به إلا في التقنين الجديد . وفي الكتاب الأول : وهو الكتاب الذي خصص للالتزامات بوجه عام استحدث التقنين الجديد^(١) عدا نظرية الحوادث الطارئة (١٤٧م) مسئولية عديم التمييز ، فنص على أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم (أنظر م ١٦٤ قرة ٢) . واستحدث كذلك مسئولية مبنية على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس عن الآلات الليكانيكية وعن الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة (أنظر م ١٧٨) وأجاز في المادة ١٧٠ للقاضي ، إذا لم يتيسر له وقت الحكم أن يمين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، أن يحتفظ بالمضروب بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير .

وفي آثار الالتزام ، أجاز في المادة ٢٠٣ (قرة ٢) للمدين إذا كان في التنفيذ المعنى إرهاباً له ، أن يقتصر على دفع تعويض قسدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدين ضرراً جسيماً . وأجازت المادة ٢١٩ أن يتم إغذار المدين عن طريق البريد على الوجه اللين في تقنين المرافعات^(٢) . أما في القوائد ، فقد استحدثت التقنين الجديد (٢٢٦م - ٢٢٧م) أحكاماً هامة ترمي إلى الحد منها مجارة للترعة السائدة في القوانين الحديثة ، تخفيض السعر القانوني للقوائد إلى ٤٪ في المسائل المدنية وإلى ٥٪ في المسائل التجارية ، وتخفيض السعر الاتفاق إلى ٧٪ . ونص صراحة على أنه يتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار . وأخذ بيد المدين

(١) من المسائل التفصيلية التي استحدثها التقنين الجديد ، وتكتفي بالإشارة إليها في هذه الحاشية ، بقاء التصير من الإرادة بعد موت صاحبه أو قبله لأهليته (٩٢م) .

(٢) ألغيت المواد من ١٥ — ١٩ من قانون المرافعات (وهي الحامة بالإعلان على يد محضر بطريق البريد) وذلك بموجب القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٦٢ .

في حالتين أعفاه فيها من دفع الفوائد أو خفض منها : الحالة الأولى هي حالة ما إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يمتنع الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر (م ٢٢٩) . والحالة الأخرى هي حالة ما إذا رسا الزاد في العين المحجوز عليها وفاء للدين ، فلا يكون الدائنون مستحقين لفوائد التأخير إلا إذا كان الراسي عليه الزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه الزاد أو خزانة المحكمة (م ٢٣٠) وفي هذا رفق واجب بالمدين . واستكمالاً للقيود الهامة التي فرضها التقنين الجديد على الفوائد ، نصت للمادة ٢٣٢ على أنه لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، ونصت كذلك على تحريم الفوائد المركبة تحريماً تاماً . وأدخل التقنين الجديد تعديلاً هاماً على قواعد الدعوى البولصية ، فنص في المادة ٢٤٠ على أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم . وكان التقنين القديم لا يجعل أحداً يستفيد من هذه الدعوى غير الدائن الذي باسرها . ورد التقنين الجديد (م ٢٤٦م) الحق في الحبس إلى تكليفه القانوني الصحيح ، فجعله دفماً بعدم التنفيذ ، لاحقاً عينياً كما كان يذهب التقنين القديم ، فأزال هذا التكليف الصحيح ما كان يفترض الحق في الحبس من صعوبات ترجع إلى القواعد الخاصة بشهر الحقوق العينية ، ويمكن من تعميم هذا الحق في جميع صوره المنطقية عن طريق رده إلى قاعدة عامة ، بعد أن كان مقصوراً في التقنين القديم على حالات معينة ذكرت على سبيل الحصر .

وفي حوالة الحق ، جعلت الحوالة تتم دون حاجة إلى رضا المدين (م ٣٠٣) وكان التقنين القديم — الوطني دون المختلط — يشترط هذا الرضاء . وكان في هذا تعطيل للتعامل لا مبرر له ، وتختلف عن التمسك مع القوانين الحديثة تحت أثرهم خاطئ . بأن هذا هو حكم الفقه الإسلامي ، والحق أن هذا الفقه غير مسئول عن هذا العيب ، لأنه لا يعرف حوالة الحق

أصلاً . وقد توم بعض الفقهاء المصريين أن ما يسميه الفقه الإسلامى فى دقة تامة بمحوالة الدين ، ويشترط فيه رضا للدين ، هو هذا الذى نسميه نحن فى قوانيننا الحديثة بمحوالة الحق ، والفرق ظاهر بين الحوالتين .

وفى انقضاء الالتزام ، جعل التقنين الجديد الإبراء يتم بإرادة الدائن وحدها دون حاجة إلى رضا المدين (٣٧١م) وكان التقنين القديم يشترط هذا الرضاء ، وفى هذا التجديد رجوع إلى قواعد الفقه الإسلامى . أما التقادم فقد جعلت مدته ثلاث سنوات فى الالتزامات التى تنشأ من مصادر غير تعاقدية ، كالالتزامات التى تنشأ من العمل غير للشروع وتلك التى تنشأ من قواعد الإبراء بلا سبب كالفضالة واسترداد ما دفع دون حق . وقد نحا التقنين الجديد فى هذا التجديد منحنى التقنينات الحديثة . والحكمة فى ذلك ظاهرة ، فإن الالتزام الذى يفرضه القانون على المدين فرضاً ولا يرجع فيه إلى إرادته لا يجوز أن يبقى فى الذمة أكثر من ثلاث سنوات من وقت العلم به ، بخلاف ما ارضاه المدين بإرادته من الالتزامات التى تعاقد عليها ، فهذه تدوم خمس عشرة سنة . وجعل التقنين الجديد الحق فى إبطال العقد لتقص فى الأهلية أو لعيوب الرضاء يتقادم هو أيضاً بثلاث سنوات ، حتى يستقر التعامل ولا يبقى سيف الإبطال مصلتاً على العقود يتهدها بالزوال مدة طويلة .

وفى الكتاب الثانى : وهو الكتاب الذى خصص للعقود المسماة ، أدخل التقنين الجديد فى البيع تعديباين متفاوتين فى الأهمية . أولهما يجعل دعوى الضمان فى العيوب الخفية لا تسقط إلا بسنة كاملة (٤٥٢م) وكانت فى التقنين القديم تسقط بثمانية أيام وهى مدة شديدة القصر . والتعديل الثانى ، وهو أهم بكثير من التعديل الأول ، حرم بيع الوفاء تحريماً باتاً (٤٦٥م) ، وهذه هى نهاية الشوط فى مراحل التطور لهذا البيع . فقد كان من قبل جائزاً دون قيد . ولما استكثر التعامل منه ضرورياً وهى حيازة مستتر يخفى الربا الفاحش ، حرمه المشرع المصرى فى صورته الساترة للرهن . وقد دلت التجارب على أن بيع الوفاء فى مصر ليست إلا رهوناً مستترة ، فأبطلها التقنين الجديد جميعاً ، فى صورتها الساترة والسافرة .

وفي عقد الشركة أدخل التقنين الجديد تمديداً في حالة ما إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله . فقد كان التقنين القديم يحل نصيب هذا الشريك في الربح أقل الأنصبة ، وقد يكون عمله هو النشاط الجوهرى الذى تقوم عليه الشركة . فنصت المادة ٥١٤ (قرة ثالثة) من التقنين الجديد على أن هذا الشريك بقدر نصيبه في الربح والخسارة تبعاً لما تنفيذه الشركة من عمله ، وهذا هو الحكم العادل .

وكان التقنين القديم - جرياً على سنن القانون الفرنسى ومن قبله القانون الرومانى - يسمى طائفة من العقود ، هى القرض والمارية والوديعة ورهن الحيازة ، عقوداً عينية ويحملها لا تتم إلا بالتسليم . وعينية هذه العقود بقيت تخلفت عن القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون لا يسلم بأن رضا المتعاقدين وحده كاف لانقضاء العقد في غير طائفة معينة من العقود سماها عقوداً رضائية . وكان يتطلب في كل طائفة من طوائف العقود الأخرى ركناً غير الرضا يختلف باختلاف كل طائفة . فكان يقتضى في طائفة العقود العينية ركن التسليم . والآن وقد أصبح رضا المتعاقدين كافياً لانقضاء العقد في غير طائفة العقود الشكلية ، فقد زالت الحكمة في اشتراط العينية في بعض العقود ، ولم يعد هناك مسوغ لبقائها ، وقد اختفت فضلاً عن كثير من التقنينات الحديثة . واختفت كذلك في التقنين الجديد ^(١) .

وفي عقد القرض استحدث التقنين الجديد حكماً هاماً ، فنصت المادة ٥٤٤ على أنه إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته في إفاء المقدور ما اقتضاه ، على أن يتم الرد في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن الستة أشهر التالية

(١) هذا مع استثناء هبة المتقول ، فإنها تتم في إحدى صورتها بالقبض تمثيلاً مع أحكام الشريعة الإسلامية . وقد نصت المادة ٤٨٨ في هذا الصدد على ما يأتى : « ١ - تكون الهبة بورقة رسمية ، ولا وقعت باطلاً ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ٢ - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية » . ويستخلص من هذا النص أن هبة المتقول ، إذا لم تخف تحت ستار عقد آخر ، ثم لها بورقة رسمية وإما بالقبض .

للاعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق القترض فى الرد ، أو الحد منه .

وفى عقد الإيجار استحدثت التقنين الجديد تمديلا هاما ، فجعل التزام المؤجر التزاما إيجابيا هو أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة (م ٥٨٨) ، وكان التزام المؤجر فى التقنين القديم التزاما سلبيا يقتصر على ترك المستأجر ينتفع بالعين . واقتضى هذا التعديل الجوهرى نصا صريحا فى التقنين الجديد (م ٥٧٦) يلزم المؤجر بضمان العيوب الخفية . كذلك حذف التقنين الجديد نصا كان موجودا فى التقنين القديم ، يقضى أن يكون إثبات عقد الإيجار بالكتابة ، إذ لا يوجد مسوغ لهذا الخروج على القواعد العامة . وعلى التقيض من عقد الإيجار ، يقتضى عقد الكفالة تشددا من ناحية الإثبات ، فإن الكفيل يكون متبرعا فى أكثر الأحيان ، ويفلأ أن يكون قد تورط فى كفالة لا تابث أن تعود عليه بالنرم ، ومن ثم وجب التثبت من رضائه بالكفالة . فنص التقنين الجديد على أن هذا العقد لا يثبت إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام المكفول بالينة (م ٧٧٣) .

وفى الكتاب الثالث : وهو الكتاب الذى خصص للحقوق العينية الأصلية ، استحدثت التقنين الجديد تعديلات هامة فى حق الملكية وأسباب كسبها . فأجاز لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملا كهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما (م ٨١٣) ، وقيد المظل المنحرف بأن يكون على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المظل (م ٨٢٠) . ووضع قواعد لإدارة المال الشائع جعل فيها الحكم لأغلبية الشركاء إذا تعنتت الأقلية ووقفت حجر عثرة فى سبيل الإصلاح (م ٨٢٨) ، وجعل الحكم لأغلبية الشركاء كذلك حتى لو قررت هذه الأغلبية ، فى سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، من التفسيرات الأساسية والتعديل فى الفرض الذى أعد له المال الشائع ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة (م ٨٢٩) ، بل وحتى لو قررت التصرف فى المال الشائع مستندة فى ذلك إلى أسباب قوية (م ٨٣٢) . وقصرت المادة ٨٣٣ حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول ، أما العقار فاكتمى فيه بالشفعة ، وبذلك حدد التقنين الجديد

تحدثنا علياً واضحاً، نطابق كل من نظامين متقاربين ، أخذ أحدهما من التقنين الفرنسى وهو حق الاسترداد ، وأخذ الآخر من الفقه الإسلامى وهو الشفعة . وأدخل التقنين الجديد فى الملكية الشائعة نظامين جديدين ، هما نظام ملكية الأسرة (م ٨٥١ — ٨٥٥) ونظام اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢ — ٨٦٩) . أما النظام الأول فالغرض منه تنظيم إدارة المال الشائع ما بين أعضاء الأسرة الواحدة تنظيمًا من شأنه أن يجعل هذه الإدارة ميسرة . فأجيز الاتفاق على إنشاء ملكية للأسرة تبقى مدة تطول إلى خمس عشرة سنة لا يجوز فى خلالها لأحد من الشركاء أن يطلب القسمة . وجعل للشركاء الحق فى تعيين واحد منهم لإدارة المال الشائع ، وأعطى لهذا المدير سلطة واسعة تصل إلى حد أن يدخل على ملكية الأسرة من التغير فى الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن طرق الانتفاع به . وهذا النظام يستجيب لحاجة من حاجات المجتمع المصرى فى الريف . فكثيراً ما تستبقى الأسرة الأرض شائعة بين الورثة بعد موت المورث ، ويتولى الإدارة كبير الأسرة . فأوجد التقنين الجديد نظاماً مستقراً لهذه الحالة . والنظام الآخر — نظام اتحاد الملاك — يراد به تيسير السبيل للأوساط من الناس أن ينشئوا مساكن تكون ملكاً لهم ، فأجيز تكوين اتحاد لبناء المساكن أو مشتراها وتوزيع ملكية طبقاتها على أعضاء الاتحاد ، كما أجيز لملاك طبقات البناء أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم . ويضع الاتحاد ، فى كل من هاتين الصورتين ، نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك ، ويكون له أمور يتولى تنفيذ قراراته . وفى هذا تيسير لإدارة المرافق المشتركة للمباني ذوات الطبقات ، وتشجيع على إنشاء هذه المباني ، مما يمين على التفريغ من أزمة المساكن فى المدن المكتظة بالسكان . وفى الاستيلاء كسبب للملك ، اشترط التقنين الجديد فىمن يحبى الأرض الموات بقصد تملكها أن يكون مصرىاً (م ٨٧٤ قرة ٣) ولم يكن هذا الشرط واجباً فى التقنين القديم .

وفى الالتصاق ، إذا أقام شخص منشآت على أرض الغير وكان يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها ، خير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع

مبلغاً يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . وقد استحدث التقنين الجديد هنا حكماً ، فأجاز في الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ لصاحب الأرض ، إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامه يرهقه ، أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تمويل عادل . وفي حالة أخرى ، إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، أجازت المادة ٩٢٨ للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك في نظير تمويل عادل .

وفي الشفعة ، عالج التقنين الجديد قصاً في التقنين القديم ، فأباحت المادة ٩٤٠ لمن يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . وكان التقنين القديم يسقط حق الشفع أيضاً إذا لم يعلن الرغبة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبيع ، وكانت واقعة العلم هذه تتبر منازعات كثيرة من ناحية الإثبات ، فوقف التقنين الجديد عند الإنذار الرسمي دون العلم . وضيق التقنين الجديد حق الأخذ بالشفعة عما كان الأمر عليه في التقنين القديم وذلك من نواح عدة : أوجب في خلال ثلاثين يوماً من إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أن يودع الشفع خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع (م ٩٤٢) وأن يقيد دعوى الشفعة بالجدول (م ٩٤٣) ، وأسقط الحق في الأخذ بالشفعة بمقتضى المادة ٩٤٨ إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (وفي التقنين القديم إذا انقضت ستة أشهر) أو نزل الشفع عن هذا الحق ولو قبل البيع (وفي التقنين القديم لم يكن يعتد بنزول الشفع عن الحق قبل البيع) ، كالم يميز الأخذ بالشفعة ، بمقتضى المادة ٩٣٩ ، إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (وفي التقنين القديم لم يكن يجوز الأخذ بالشفعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الثالثة) .

وفي الكتاب الرابع : وهو الكتاب الذي خصص للتأمينات العينية ، عالج التقنين

الجديد في الرهن الرسمي رهن الحصة الشائعة ، فنصت المادة ١٠٣٩ على أن الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع يبقى نافذاً أبداً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته ، وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفزراً من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل . وهذا الحكم الجديد من شأنه أن يطمئن مرتهن الحصة الشائعة على ضمانه . وميز التقنين الجديد (م ١٠٣٣) بين رهن ملك الغير ويقع قابلاً للإبطال ، ورهن المال المستقبلي ويقع باطلاً . وأجاز للدائن (م ١٠٦٧) أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره دون أن يكون مضطراً إلى زيادة العشر كما كان الأمر في التقنين القديم .

ولم بلغ التقنين الجديد حق الاختصاص ، ولكنه قلل من عيوبه إلى حد بعيد . فأوجب أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ ققرة ١) . وأجاز لكل ذي مصلحة أن يطلب إقصاء الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين (م ١٠٩٤ ققرة ١) ، ولم يستلزم ، من ناحية أخرى ، أن يقدم الدائن صورة رسمية من الحكم للحصول على حق الاختصاص ، بل اكتفى بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم (م ١٠٨٩) وهذه الشهادة يمكن الحصول عليها في يوم صدور الحكم .

وسد التقنين الجديد ثغرة في التقنين القديم بإيجاد حق امتياز للمقاولين والمهندسين الممارين (م ١١٤٨) . وقد عمل قانون الشهر العقاري إصلاحاً آخر ، بأن جعل حق امتياز بائع العقار ورهن الحيازة العقاري خاضعين لنظام القيد دون نظام التسجيل .

هذه هي أهم الأحكام التي استحدثها التقنين الجديد . وغنى عن البيان أن أي حكم منها لا يسرى على الماضي ، ولا يطبق إلا فيما يستجد من الوقائع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ نفاذ التقنين الجديد . وقد يثير عدم سريان هذه الأحكام على الماضي مشاكل نعالجها في مواضعها من هذا الكتاب .

٣ — ما فنن التقنين الجديد من أحكام كان معمولاً بها من قبل

وهذه طائفتان : طائفة هي الأحكام التي قررها القضاء المصرى دون نص فى ظل التقنين القديم ، وهى أحكام على درجة كبيرة من الأهمية والخطر ، ولم تكن مقننة فقننها التقنين الجديد . والطائفة الثانية أحكام كان منصوفاً عليها فى التقنين القديم ، ولكن بالنصوص كانت إما معيبة فهذبها التقنين الجديد ، أو مذبوسة فى مكان غير التقنين المدنى فنقلها التقنين الجديد إلى مكانها الصحيح .

(١) الأمطام التى قررها القضاء المصرى فى ظل التقنين القديم دون نص فقننها

التقنين الجديد :

هذه الأحكام تبلغ أكثر من نصف نصوص التقنين الجديد . قد انتفع هذا التقنين انتفاعاً بعيد المدى بالقضاء المصرى السابق ، من وطنى ومغتتلت ، وقنن المبادئ الهامة التى أقرها هذا القضاء فى خلال سبعين عاماً عمل فيها فى ظل التقنين القديم .

ففى الباب التمهيدى ، وردت نصوص صريحة فى نظرية التصرف فى استعمال الحق وفى الأشخاص الطبيعية والاعتبارية وفى الجمعيات . وهذه المسائل لم يكن التقنين القديم يناولها ، ولكن القضاء المصرى كان قد أقر مبادئها ووضع أسسها .

وفى نظرية الالتزام ، أخذ التقنين الجديد بأحكام القضاء المصرى فى طائفة كبيرة من النصوص . ففى المقد والتصرف القانونى نقل عن القضاء المصرى كيف تتوافق الإراداتان ، وكيف يتعاقد النائبان ، وأورد نصوصاً صريحة فى مبادئ كان القضاء المصرى قد أقرها ، كالنابابة فى التعاقد ، والمقد الابتدائى ، والعربون ، والاستغلال ، وإقاص المقد ، ونحويله ، والخلف الخاص ، وعقود الإذعان ، والتعهد عن الغير ، والدفع بعدم تنفيذ المقد ، والوعد بجائزة . وفى مصادر الالتزام غير المقد نقل عن القضاء مسائل كثيرة ، كملاقة السببية فى المسئولية التصيرية ، وأسباب دفع المسئولية ، وطرق التمييز المختلفة ، واجتماع التقادم المدنى والتقدم الجائى ، ونظرية الإثراء بلا سبب . كذلك فنن التقنين

الجديد القضاء المصرى فى مسائل أخرى غير مصادر الالتزام ، كالالتزام الطبيعى ، والالتزام
بأنماذج الحيلة ، ونظرية التهديد المالى ، والخطأ المشترك ، والاتفاق على الإعفاء من المسؤولية ،
والضرر المباشر ، والضرر الأدبى ، والمطالبة القضائية بالفوائد ، وجواز تخفيض الشرط
الجزائى إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، ودعوى الصورية ، والوفاء بمقابل ، وتجديد
الحساب الجارى ، والإنبابة ، وتقدم الربح ، وتقدم الاستحقاق فى الوقف ، وبدء سريان
التقدم ، ووقته ، واقتطاعه ، والنزول عنه ، وتحديد الورقة الرسمية والورقة العرفية ، ودفاتر
التجار ، والأوراق المنزلية ، وجواز منع توجيه اليمين الحاسمة ، وجواز إثبات الحنث فيها .

وفى العقود المسماة ، قن التقنين الجديد أحكام القضاء فى البيع بالتقسيط ، وفى إقرار
المشتري بالاستحقاق ، وفى ضمان صلاحية المبيع ، وفى تقديم الشريك نفوذه حصه فى
الشركة ، وفى الفوائد التى تنظم إدارة الشركة ، وفى المسؤولية عن ديون الشركة ، وفى
استمرار الشركة مع القصر ، وفى إثبات الصلح بالكتابة ، وفى ضمان المؤجر للمعيب
الخفية ، وفى حريق العين المؤجرة ، وفى التحسينات التى يستحدثها المستأجر ، وفى أثر
موت المستأجر فى انقضاء عقد الإيجار ، وفى انتهاء الإيجار بالحوادث الطارئة وبانتقال
الموظف وبهلاك الزرع ، وفى عدم إقصاء أجر الوكيل إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ،
وفى نائب الوكيل ، وفى مسئولية الموكل عن الضرر الذى يصيب الوكيل ، وفى تعدد
الوكلاء ، وفى ودعة الفنادق ، وفى كفالة ناقص الأهلية ، وفى تزام الدائن مع الكفيل فى
الرجوع على المدين . كما أورد التقنين الجديد عقوداً كاملة كان القضاء المصرى قد أقر مبادئها
الأساسية ، كمقد التزام المرافق العامة ، وعقد العمل ، وعقد التأمين .

وفى الحقوق العينية الأصلية ، نقل التقنين الجديد عن القضاء المصرى حقوق الجوار ،
وحق الشرب والمسيل ، وحق المرور ، والحائط المشترك ، وشرط عدم التصرف ، وكثيراً
من أحكام الملكية الشائعة ، والقسمة ، والشيوع الإجبارى ، وملكية الطبقات ،
والتصرفات الصادرة فى مرض الموت ، وتزام الشفاء ، وحق السكنى ، والقيود التى تحد
من حق مالك المقار فى البناء عليه كيف شاء .

وفي التأمينات العينية ، نقل التقنين الجديد أحكام القضاء المصرى فى شرط تملك الرهن عند عدم الوفاء ، وفى نزول الدائن المرتهن عن مرتبته ، وفى الحائز للعقار المرهون ، وفى بعض أحكام التطهير ، وفى منع حق الإختصاص بعد إعسار المدين أو موته ، وفى رهن الدين رهن حيازة ، وفى ترتيب حقوق الامتياز ، وفى التفصيلات المتعلقة بامتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق .

(ب) «مظام التى كانت تقوم على نصوص تشرىي :

نصوص كانت معينة فمزيت : كان التقنين القديم يشتمل على نصوص معينة فمزيتها التقنين الجديد . من ذلك النصوص المتعلقة بتقسيم الأشياء والأموال ، والنصوص التى وردت فى الغلط ، وفى السبب ، وفى البطالان ، وفى الاشتراط لمصلحة الغير ، وفى مسئولية المكلف بالرقابة ، وفى مسئولية التبوع ، وفى دفع غير المستحق ، وفى الفضالة ، وفى الدعوى غير المباشرة ، وفى الدعوى البولية ، وفى الحق فى الحبس ، وفى التضامن ، وفى المقاصة ، وفى وقف التقادم ، وفى البيع فى مرض الموت ، وفى عقد المقاوله ، وفى الحراسة ، وفى القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، وفى نظرية الحيازة ، وفى نظرية حق الارتفاق .

نصوص كانت فى مظهر آفر فنقلت إلى التقنين المرنى : نقل التقنين الجديد هذه النصوص إلى ووضعها فى مكانها الصحيح . من ذلك النص على مصادر القانون ، وكان وارداً فى لأئمة المحاكم الوطنية . وأحكام الأهلية والمبة وإيجار الوقف والحكر ، وكان الباحث ياتمسها فى كتب الفقه الإسلامى . وأحكام المرض الحقيق والإيداع والحوالة بين حزين وإجراءات حق الإختصاص والبقاء فى الشيوع لمدة معينة ، وهذه الأحكام كانت محشورة بين نصوص تقنين المرافعات . وقسمه المورث ، وقد وردت نصوصها فى قانون الوصية ، والشفعة ، وكانت قد فصلت عن التقنين المدنى وصدر بها قانون خاص^(١) .

(١) ويجب التميز ، فى التشريعات المدنية التى كانت منفصلة عن التقنين المدنى القديم ، بين :

« ١ » تشريعات مدنية وضعت على سبيل الدوام والاستقرار ، وهى فى الواقع من الأمر جزء =

(٤)

الاتجاهات العامة للتقنين الجديد

(موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة)
(التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور ، وبين الفرد والجماعة)

(١) موقف التقنين الجديد

من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة

يحسن ، حتى نرسم موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة ، أن نبين أولاً أهم هذه الاتجاهات . ويمكن ردها إلى اتجاهين رئيسيين : (الاتجاه الأول) يتعلق بالمدى الذى يسلم به تقنين معين بمبدأ سلطان الإرادة ، والحد الذى يفصل فى هذا التقنين ما بين المنطقة التى تنظمها الإرادة والمنطقة التى ينظمها القانون . (والاتجاه الثانى) يتعلق بمقدار ما ينطوى عليه تقنين معين من نزعة ذاتية *tendance subjective* ، ومقدار

من القانون المدنى ، وإن كانت منفصلة مادياً عن التقنين المدنى ، وذلك كالتشريعات الخاصة بالشفعة وبالمهر القارى وبالفوائد وبالرى وطرخ البحر . وقد اعتبرت هذه التشريعات فلا جزءاً من التقنين المدنى القديم ، وأدمج الكثير منها فى التقنين المدنى الجديد ، وإن بقى بعضها منفصلاً عنه لأسباب خاصة كقانون المهر القارى وقانون الرى .

« ب » تشريعات خاصة صدرت فى ظروف استثنائية لمناسبات معينة ، وعلمت إلى جانب التقنين المدنى القديم ، مستقلة عنه ولا صلة لها به ، فلا تبقى يبقائه ، ولا تزول بزواله . وإعناها تبق بقاء الظروف الاستثنائية التى كانت سبباً فى صدورهما ، وتزول بزوال هذه الظروف . مثل ذلك التشريع المتعلق بدم جواز إخلاء الأماكن المؤجرة وتعيين حد أقصى للأجرة ، والتشريع الخاص بالاستيلاء لأغراض التنظيم وأغراض التموين . والتشريع الخاص بجزئة الضمان . كل هذه التشريعات الاستثنائية تعتبر مستقلة عن القانون المدنى ، ولم يأنها التقنين المدنى الجديد ، وإعناها بقاء الظروف الاستثنائية التى استدعت صدورهما ، ولا تزول إلا إذا ألغيت بتشريع خاص أو إذا انقضت المدة التى قدرها لبقائها .

ما ينطوى عليه من نزعة موضوعية *tendance objective*، وأية نزعة من هاتين النزعتين هى للتضلية على الأخرى فى هذا التقنين . وهذا الاتجاه الرئيسى الثانى ينطوى على اتجاهات متنوعة . ذلك أن النزعة الذاتية أو النزعة الموضوعية للتقنين تفرض عليه موقفاً معيناً لإزاء تنازع نظريات متعارضة فى أمور ثلاثة : (١) الأمر الأول — أى للذهبن تختار فى تصوير الالتزام : للذهب الشخصى أو للذهب للمادى ؟ (٢) والأمر الثانى — أية النظريتين نختار فى التعبير عن الإرادة : نظرية الإرادة الباطنة أو نظرية الإرادة الظاهرة ؟ (٣) والأمر الثالث — حظ التصرف المجرد *acte abstrait* بالنسبة إلى التصرف المسبب ، وهل يجوز أن يكون للأول مكان يحتله بمجوار المكان الذى يحتله الثانى ؟ فالنزعة الذاتية تفرض اختيار المذهب الشخصى للالتزام ، وتؤثر نظرية الإرادة الباطنة ، ولا تجعل للتصرف المجرد مكاناً ملحوظاً إلى جانب التصرف للسبب . أما النزعة الموضوعية فعلى التقيض من ذلك تختار المذهب للمادى للالتزام ، وتؤثر نظرية الإرادة الظاهرة ، وتجعل للتصرف المجرد مكاناً ملحوظاً إلى جانب التصرف للسبب .

ومن ثم فالاتجاهات العامة للتقنيات الحديثة يمكن جمعها حول المسائل الأربع الآتية : (١) مبدأ سلطان الإرادة . (٢) النظرية الشخصية والنظرية للمادية للالتزام . (٣) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة . (٤) التصرف للسبب والتصرف المجرد .

ويقال عادة إن هذه الاتجاهات العامة فى جلّها تفصل ما بين التقنيات اللاتينية والتقنيات الجرمانية . فالأولى مشبعة بروح الفردية بالنسبة إلى مبدأ سلطان الإرادة فتأخذ به إلى مدى بعيد ، أما الأخرى فمشبعة بروح الجماعة فتضع قيوداً كثيرة على هذا المبدأ . والأولى تأخذ بالنظرية الشخصية للالتزام ، بينما تأخذ الأخرى بالنظرية للمادية . وتؤثر الأولى نظرية الإرادة الباطنة ، بينما تؤثر الأخرى نظرية الإرادة الظاهرة . والتصرف للسبب هو القاعدة فى التقنيات الأولى ، أما التقنيات الأخرى فتبرز ، إلى جانب التصرف المسبب ، التصرف المجرد وتضع له نظرية عامة .

على أن هذا القول يلقى على عواهنه دون تمحيص . وهو إذا صدق فإنما يصدق

في الناحية الفقهية أكثر مما يصدق في الناحية التشريعية . ذلك أنه لا يوجد تقنين حديث انحاز انحيازاً مطلقاً إلى أحد الاتجاهين . ونبذ بتاتا الاتجاه الآخر . فالتقنين الألماني — وهو عنوان التقنينات الجرمانية — احترم مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد ، واعتد بالعنصر الشخصي في الالتزام ، وأخذ بالإرادة الباطنة في كثير من النواحي ، وعرف التصرف السبب فاعتبره باطلا إذا كان مخالفاً للآداب ، وجعله قابلاً للإبطال إذا شاب الإرادة عيب . والتقنين الفرنسي — وهو عنوان التقنينات اللاتينية — يضع قيوداً كثيرة على مبدأ سلطان الإرادة ، ويمتد في بعض الحالات بالعنصر المادى في الالتزام ، يأخذ بالإرادة الظاهرة في بعض النواحي ، ويعرف التصرف المجرد ولو على سبيل الاستثناء . فالفصل ما بين التقنينات الجرمانية والتقنينات اللاتينية في هذه الاتجاهات لا يجوز أن يكون فصلاً تاماً . والذي يمكن أن يقال في هذا الصدد إن نزعة التقنينات الجرمانية أقرب إلى اتجاهات منها إلى اتجاهات أخرى ، وعلى العكس من ذلك التقنينات اللاتينية ، ولكن دون أن نستبعد هذه الاتجاهات الأخرى استبعاداً تاماً عن كل من النظامين ^(١) .

أضف إلى ما تقدم أن القوانين اللاتينية تأثرت في الحسنيين عاماً الأخيرة ، منذ ظهور التقنين الألماني ، بالنزعة الجرمانية تأثراً كبيراً . وقامت حركة تهدف إلى هذا الغرض ، حمل سالى (Saleilles) لواءها في مستهل القرن العشرين . وبرز هذا الطابع في التقنينات اللاتينية الحديثة التي ظهرت في القرن الحالى . ترى ذلك واضحاً في التقنين التونسي والمراكشى ، وفي التقنين اللبناي ، وفي المشروع الفرنسى الإيطالى ، وفي التقنين الإيطالى الجديد ، وفي تقنينات أخرى متخيرة كالتقنين البولونى والتقنين البرازيلى والتقنين الصينى . وكان من أثر ذلك أن أصبحت هناك فروق محسوسة بين التقنين المدنى الفرنسى

(١) أنظر في هذا المعنى الدكتور محمود أبو عاينة في رسالته « التصرف القانونى المجرد » نسخة عربية من ٢٧٤ — ٢٧٩ ، والدكتور أحمد زكى الشقنى في المذكرة التي تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ من ٢٥ — ٢٦ ، وانظر بنوع خاص ما ورد في هذه المذكرة (ص ٣٧ — ٤٠) عن نظرية الثقة (Vertrauenstheorie) التي أخذ بها التقنين الألمانى متوسطاً في ذلك بين نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة .

أو تقنين نابليون (Code civil français, Code Napoléon) والقانون المدني الفرنسي (Droit civil français) وافترجت مسافة الخلف بينهما^(١).

أما التقنين المصري الجديد فقد بدأ في مشروعه التمهيدى يتأثر تأثراً ظاهراً بنزعة القوانين الجرمانية . ولكن هذا التأثير أخذ يخف تدريجاً في المراحل التالية ، وقد خف بنوع خاص في المشروع النهائى أمام لجنة للراجعة ، ثم في المشروع الذى أقرته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ . وهو فى الصورة الأخيرة التى صدر بها قد انحاز انحيازاً نهائياً إلى النظام اللاتينى . وإذا كانت هناك بقايا من النزعة الجرمانية لا تزال موجودة^(٢) ، فذلك هو القدر الذى تأثرت فى حدوده القوانين اللاتينية ذاتها فقهاً وتشريعاً بالنزعة الجرمانية . وقد تأثر تبعاً لها التقنين المصرى الجديد ، حتى صح أن يقال إن هذا التقنين لا يزال متميلاً للنظام اللاتينى لا فى دائرة التقنين المدنى الفرنسى بالذات ، ولكن فى دائرة أوسع هى دائرة القانون المدنى الفرنسى المتأثر ببعض النزعات الجرمانية^(٣) .

وإذن لم يخرج التقنين المصرى الجديد على تقاليد اللاتينية ، بل بقى محافظاً بها . والزم بأن هذا القانون قد أحدث ثورة وانقلاباً فى الأوضاع المدنية التى كانت قائمة قبله زعم لا يقوم على أساس . فلا ثورة ولا انقلاب ، ولكن تسجيل لما تم فعلاً من تأثير

(١) أنظر فى هذا المعنى التقرير الذى تقدم به الأستاذ مورى (Maury) إلى مؤتمر الأسبوع الدولى للقانون الذى عقد بباريس سنة ١٩٥٠ م ١٢ . ويقارن الأستاذ بين التقنين الجديد وبين القانون الفرنسى من جهة والقانون الألمانى من جهة أخرى فى ص ١٠ إلى ص ١٢ .

(٢) مثل ذلك تعريف العقد والمعايير الموضوعية والعمود التى تقوم على الإرادة الظاهرة وغير ذلك مما سنورده تفصيلاً فيما يلى .

(٣) أنظر فى هذا المعنى تقرير الأستاذ مورى انشار إليه وتقرر الدكتور شفيق شحاته المقدم إلى مؤتمر الأسبوع الدولى الذى تقدم ذكره . وجاء فى مبسوط القانون القارن للأستاذة بير أرمينجون والبارون بوريس نولد ومارتن وولف ، باريس ١٩٥٠ جزء ثان ص ٦١٨ (Traité de Droit Comparé, par Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolff, Paris 1950, II, page 618) فى تقدير التقنين الجديد ما يأتى : « إن مبادئ (التقنين المصرى الجديد) ، وتكييفها القانونى ، ومصطلحاتها الفنية ، وقواعده الأساسية ، هى فى مجموعها ما تراه فى القانون الفرنسى . على أن التقنين المصرى الجديد هو بالرغم من ذلك عمل متبوع لما يعتاز به من وضوح ودقة » .

(Dans leur ensemble, ses principes, ses qualifications, sa terminologie, ses règles fondamentales sont celles du droit français. Cette oeuvre, remarquable par sa clarté et sa précision, est néanmoins originale).

النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية . وقد استبقى التقنين الجديد النظام اللاتينى أساساً له . ولكن النظام اللاتينى الذى استبقاه ليس هو ذلك النظام الذى ساد التقنين المذنى الفرنسى فى مقبيل القرن التاسع عشر ، بل النظام الذى تطور مسائراً للحاجات العملية وتخطى أعناق السنين حتى وصل إلى منتصف القرن العشرين . فالقول بالثورة والاقلاّب قول يخالف الواقع ، وينطوى على تجاهل لما تم من تطور فى النظم اللاتينية فى مدى قرن ونصف قرن . وننظر الآن فى ضوء ما قدمناه إلى موقف التقنين الجديد من هذه الاتجاهات العامة التى أسلفنا ذكرها .

(١) مبدأ سلطان الإرادة :

وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفاً معتدلاً . فلا هو انتقص منه إلى حد أن جعله يفتى فى سلطان المشرع و سلطان القاضى ، إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تنبج إلى إحداثه ، ولا هو تركه يطنى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية ويتحدد آثارها دون نظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العدالة . استبقى القيود التى كان التقنين القديم يرسمها حدوداً لسلطان الإرادة . فلا تزال هناك عقود شكلية روعى فى شكليتها اعتبارات تمت للنظام العام ، أو تنبج لحماية أطراف العقد أنفسهم . ولا تزال العقود الرضائية ذاتها محصورة فى نطاق النظام العام والآداب . ولا تزال الحدود المادية للغب فى بعض العقود قائمة كما فى بيع عقار القاصر ولإبحار الوقف ، بل زاد التقنين الجديد عليها عقد القسمة إذا زاد الغبن فيه على الخمس (م ٨٤٥) . واستحدث قيوداً جديدة طاول فيها التطور الاجتماعى والاقتصادى للقانون طوال المصور الأخيرة ، بل سجل فى بعضها ما كان القضاء المصرى ذاته قد وصل إليه من حلول عن طريق هذا التطور .

تقيد من سلطان الإرادة عند تكوين العقد ، بأن وسع من نطاق الغبن ، وحوّره من نظرية مادية جامدة تقتصر على عقود معينة ، إلى نظرية ذاتية مرنة تتناول جميع العقود . فرسم بذلك للارادة حدوداً جديدة لا تمتدأها ، ومنع أن يستغل المتعاقدين طيشاً أو هوى آنسه فى المتعاقدين الآخر حتى لورضى هذا بما وقع عليه من غبن ، إذ أن إرادته فى هذه

الحالة لا تكون صحيحة ، ولا يرتب القانون عليها أثرها (أنظر المادة ١٢٩) . ومثل الاستغلال والإذعان ، رسم التقنين الجديد له أيضاً حدوداً لسلطان الإرادة عند تكوين العقد ، وذلك إذا كان قبول المتعاقد يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررّة بضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها . وإذا كان المتعاقد في حالة الاستغلال يستقل في المتعاقد الآخر ظروفاً شخصية خاصة ، فهو في حالة الإذعان يستقل فيه ظروفاً اقتصادية عامة ، والمتعاقد المنيون مذعن في الحالتين . ومن ثم قيد القانون من سلطان الإرادة في حالة الإذعان كما قيد منها في حالة الاستغلال . قصي بأنه إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تصفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما قضى به المدالة (أنظر المادة ١٤٩)^(١) بل إن التقنين الجديد سار في الحد من سلطان الإرادة إلى مدى أبعد . فأنزم ، كما قدمنا في إدارة المائد الشائع وفي التصرف فيه ، أقلية الملاك في الشيوع أن تخضع لإرادة الأغلبية (أنظر المواد ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢) ، وجعل زمام الإدارة في يد الأغلبية إذا كون ملاك طبقات البناء الواحد اتحاداً فيما بينهم (أنظر المواد ٨٦٤ و ٨٦٥ و ٨٦٦ و ٨٦٧)^(٢) . وفي هذا كله خروج على مبدأ سلطان الإرادة ، ولكن التقنين الجديد نحي بهذا المبدأ رعاية لمصلحة أعلى هي أن يكفل للمال الشائع إدارة حسنة يقتضيها الصالح المشترك لجميع الملاك في الشيوع . ولم يقتصر التقنين الجديد على إحلال إرادة المشرع محل إرادة المتعاقد كما رأينا في الأمثلة السابقة ، بل زاد على ذلك أن أحل في بعض الحالات إرادة القاضي محل إرادة المتعاقد كما سنرى (أنظر المادة ٩٥) .

وقيد من سلطان الإرادة عند تنفيذ العقد ، فجعل نظرية الحوادث الطارئة وقت هذا التنفيذ تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان وقت تكوين العقد ، ونص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ على أنه « إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسم توقعها ،

(١) ويمكن القول ، من ناحية نظرية أخرى ، أن ما رتبته القانون من جزاء على الاستغلال والإذعان هو احترام لسلطان الإرادة ، وإذا كان القانون لا يعتد اعتماداً كاملاً بالإرادة المستغلة أو المذعنة ، فذلك لأن الإرادة هنا لم تستكمل حريتها ، ولا سلطان إلا للإرادة الحرة .

(٢) أنظر أيضاً في حالتين أخريين المادتين ٩٢٥ و ٩٢٨ .

وترتب على حلوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المقبول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وطبق هذه النظرية تطبيقا خاصا فى عقدى الإيجار والمقاولة . فنص فى الفقرة الأولى من المادة ٦٠٨ على أنه « إذا كان الإيجار معين للمدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل اهتضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقا » (أنظر أيضا المادة ٦٠٢ فقرة ٢ والمادة ٦٠٩) . ونص فى الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ على أنه « إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » . وكجواز إقصاء الالتزام الذى أصبح مرهقا لحوادث طارئة جواز تخفيض التعويض فى الشرط الجزائى إذا تبين عند تنفيذ العقد أن التعويض المتفق عليه يزيد كثيرا على الضرر الذى وقع فعلا ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ على أنه « يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة » . ومثل ذلك أيضا أن يقتصر المدين على دفع تعويض قهذى إذا تبين أن فى التنفيذ العينى إرهاقا له ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ على أنه « إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاقا للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض قهذى إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » . ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ ، وهى تضع الجزاء على مخالفة القيود التى تحد من حق مالك العقار فى البناء ، على أن « كل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينيا ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك » . ومثل ذلك أخيرا ما رتبته التقنين الجديد على تغير الظروف فى تعديل حق الارتفاق وفى إنهائه . فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ ، فى صدد النهى عن إبدال موضع آخر بالموضع للمعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق ، على ما يأتى : « ومع ذلك إذا كان الموضع الذى

عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فلذلك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك ، كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق » . ونص في المادة ١٠٢٩ على أن « المالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ ، ١٠٢٥) .

كل هذه قيود على سلطان الإرادة استحدثها التقنين الجديد — وقد سبقه القضاء المصري إلى بعض منها — تخفف بهذا التجديد من النزعة الفردية التي كانت تميز التقنينات اللاتينية ، والتي كان من شأنها أن تطلق مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد قد يتعارض مع العدالة والمصلحة . ولم يحاوز التقنين الجديد حدود الاعتدال في تقييد هذا المبدأ ، إذ هو فيا قيده به قد جارى النزعة الحديثة التمشية ، لا في التقنينات الجرمانية وحدها ، بل وفي التقنينات اللاتينية الحديثة ذاتها ، فساير بذلك تطوراً محموداً سجله العصر الحاضر لهذه التقنينات ^(١) .

(ب) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام :

سنرى عند الكلام في نظرية الالتزام أن هناك مذهبين مختلفان في النظرة إلى الالتزام . فالذهب الشخصي يرى أن الأمر الجوهرى فيه هو ما يقوم من رابطة شخصية فيا بين الدائن والمدين . وهذه هي نظرية القانون الرومانى . وعنها أخذت القوانين اللاتينية .

(١) على أن التقنين الجديد ، من جهة أخرى ، قد بسط في سلطان الإرادة عندما استبقاها في بعض الفروض تنتج أثراً آخر غير الأمر المقصود أصلاً ، بعد أن أجعل أثرها الأصل . نرى ذلك في انتقام العتد وفي تحويله . فقد نصت المادة ١٤٣ على أنه « إذا كان القد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن القد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل المقد كله » . ونصت المادة ١٤٤ على أنه « إذا كان القد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن القد يكون صحيحاً باعتبار القد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

أما المذهب للمادى فينظر إلى محل الالتزام باعتباره أنه هو العنصر الأساسى فيه ، وينزل عنصر الرابطة الشخصية إلى المكان الثانى ، فيصبح الالتزام فى نظر هذا المذهب عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية . وهذه هى النظرية الجرمانية ، قال بها جيرك ومن نحوها نحوه من فقهاء الألمان متأثرين فى ذلك بالتقاليد الجرمانية القديمة ، ونايذين القانون الرومانى . والمذهب للمادى يفسر تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يبقى الالتزام رغم تغير أطرافه . فلو أن الالتزام ، فى عنصره الجوهرى ، رابطة شخصية ، لزال بزوال هذه الرابطة ، ولما أمكن أن يتغير الدائن فى حوالة الحق ، والمدين فى حوالة الدين ، دون أن يتغير الالتزام ذاته . ويفسر المذهب كذلك تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يجوز أن ينشأ الالتزام دون دائن . والالتزامات التى تنشأ دون دائن تقع كثيراً فى الحياة العملية ، فمن ذلك التزام الواعد بجائزة ، والتزام المتعهد لمصلحة شخص غير معين أو شخص غير موجود فى الاشتراط لمصلحة الغير ، والتزام من يوقع السند لحامله . فلو أن الالتزام ليس فى جوهره إلا رابطة شخصية بين دائن ومدين ، لما صح أن ينشأ التزام دون أن يوجد الدائن والمدين معاً وقت نشوء الالتزام ، حتى تقوم الرابطة بينهما .

وقد كانت التقنيات اللاتينية ، بالرغم من اعتناقها للمذهب الشخصى فى الالتزام ، تفسح مجالاً لبعض تطبيقات المذهب المادى ، فاعترفت بحوالة الحق دون حوالة الدين ، وبالسند لحامله ، وتطور فيها الاشتراط لمصلحة الغير حتى أصبح من المستطاع الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص مستقبل . ولما احتك المذهب المادى بالمذهب الشخصى سارت التقنيات اللاتينية فى تطورها ، فاعترفت بعضها بحوالة الدين إلى جانب حوالة الحق ، ونص بعضها على جواز الوعد بجائزة لشخص غير معين .

وقد وقف التقنين الجديد هنا أيضاً موقف الاعتدال فلم يفرق فى الأخذ بالمذهب المادى ، ولكنه من جهة أخرى سجل ما تم فعلاً من تطور نحو هذا المذهب بحكم تأثير النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية .

فهو أولاً استبقى التطبيقات القديمة للمذهب المادى ، فاعترفت بحوالة الحق (أنظر

المواد ٣٠٣ — ٣١٤) ، وأقر ما وصل إليه الفقه والقضاء منذ عهد طويل من جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبلية أو لمصلحة أو جهة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره (أنظر المادة ١٥٦) .

وهو ثانياً سجل ما تطورت إليه التقنيات اللاتينية في ناحية المذهب المادى إلى أقصى مدى وصل إليه هذا التطور حتى لا يكون متخلفاً عن عصره . فنظم إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين (أنظر المواد ٣١٥ — ٣٢٢) ، ونص صراحة على أن من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها (أنظر المادة ١٦٢) .

وهو بعد هذا وذاك لم يهجر المذهب الشخصى للالتزام ، ولم يخرج على تقاليده خروجاً لا تبرره المصلحة العملية . فلا يزال الالتزام رابطة ما بين شخصين ، ولا يزال الالتزام الإرادى يقوم على الإرادة المشتركة للدائن والمدين ، وعن طريق هذه الإرادة تنسرب العوامل النفسية والخلقية . فيجب أن تكون الإرادة حرة مختارة ، لا إكراه يعيها ولا استقلال . ويجب أن تكون على هدى ، لا غلط يشوبها ولا تدليس . وجعل التقنين الجديد لعقود الإذعان أحكاماً خاصة ، وأفسح جانباً للظروف الطارئة غير المتوقعة ، مما سبق بيانه . أما الالتزام غير الإرادى فلا يزال هو أيضاً رابطة ما بين شخصين إلى حد أن الدائن بتعويض عن ضرر أدبى لا ينتقل حقه إلى ورثته إلا إذا كان هذا التعويض قد تمهد بمقتضى اتفاق بينه وبين المسئول أو كان قد طالب به أمام القضاء (أنظر المادة ٢٢٢) . وفي هذا اعتراف صريح بالعامل الشخصى فى الالتزامات غير العقدية .

(ج) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة :

سنرى فى هذا أيضاً ، عند الكلام فى نظرية العقد ، أن هناك مذهبين يختلفان فى النظرة إلى الإرادة . فذهب الإرادة الباطنة — وهو المذهب اللاتينى — يقف عند الإرادة النفسية ، أما التمييز للمادى عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . ومذهب

الإرادة الظاهرة — وهو للمذهب الجرماني — يقف عند التعبير عن الإرادة ، ويمتدحه هو الإرادة ذاتها ، إذ التعبير هو المظهر الاجتماعي للإرادة والقانون إنما يعنيه المظاهر الاجتماعية دون المظاهر النفسية ، هذا إلى أن التعبير عن الإرادة هو الشيء المادى الذى يقف عنده للتمامون ويمتثلون إليه فى تعاملهم .

ولم تسلم التقنيات اللاتينية من أثر لمذهب الإرادة الظاهرة ، كما لم تسلم التقنيات الجرمانية من أثر لمذهب الإرادة الباطنة . وبيننا فى هذا الصدد أن نبين أن التقنين الجديدبقى فى حظيرة التقنيات اللاتينية . فالأصل عنده هو الأخذ بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذى يقتضيه استقرار التعامل . وهو فى هذا قد تأثر بالنزعة الجرمانية للموضوعية تأثر التقنيات اللاتينية ذاتها بهذه النزعة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

أخذ التقنين الجديد بالإرادة الظاهرة ، اجتفاء استقرار التعامل ، فى تكوين المقد وفى تفسيره .

ففى تكوين المقد سار إلى حد أن أقام المقد فى بعض الحالات على الإرادة الظاهرة . فهو ينص فى المادة ٩١ على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بلمن وجه إليه . ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب قبله ثم عدل ، ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل أن يصل العدول ، يرتبط بالمقد ، لا على أساس إرادته الحقيقية التى عدل عنها ، بل على أساس إرادته الظاهرة وهى وحدها التى اقترن بها الإيجاب . كذلك تنص المادة ٩٢ من القانون الجديد على أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو قد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بلمن وجه إليه » . ولا يستقيم هذا الحكم على أساس الإرادة الباطنة الكامنة فى النفس ، وهى الإرادة التى تموت بموت صاحبها وتزول بفقد أهليته ، بل على أساس الإرادة الظاهرة التى انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه ، وتبقى حتى بعد موته أو بعد فقد أهليته . ويقرر التقنين الجديد أن غلط أحد المتعاقدين لا يكون

سبباً في إبطال العقد إلا إذا كان للمتعاقد الآخر قد وقع في العلط ذاته أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يقينه (م ١٢٠) . ويترتب على ذلك أنه إذا كان العلط قد انفرد به للمتعاقد الأول ، ولم يقع فيه للمتعاقد الآخر ، ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يقينه ، فإن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد شابها غلط فجعلها فاسدة ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اطمأن إليها للمتعاقد الآخر واعتمد عليها في ترتيب شؤونه . ويقرر التقنين الجديد أيضاً أنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد للدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس (م ١٢٦) . ويقرر في صدد الإكراه ماقدره في صدد التدليس ، فينص على أنه إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكروه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر لا يعلم بوقوع التدليس أو الإكراه ، وكان في الوقت ذاته يتعذر عليه أن يعلم ذلك ، فإن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس أو الإكراه ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها للمتعاقد الآخر^(١) .

وفي تفسير العقد يمكن القول إن التقنين الجديد قد أخذ من طريق غير مباشر بالإرادة الظاهرة في العقود التي تكون عبارتها واضحة . فقد نص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ على أنه « إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » . صحيح أن عبارة العقد الواضحة تؤخذ على أنها تعبير أمين عن الإرادة الحقيقية ، وفي التزام هذه العبارة للتعرف على إرادة المتعاقدين التزام للإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولكن وراء هذا الافتراض حقيقة ملموسة ، هي أننا إنما نستخلص الإرادة الحقيقية من الإرادة الظاهرة ، ولا يجوز لنا أن نتعرف عن هذه للتعرف

(١) وقال مثل ذلك في السبب غير المصروع إذا لم يعلم به للمتعاقد الآخر ولم يكن يستطيع أن يعلم به — هنا ويمكن الوصول إلى النتيجة ذاتها من طريق الاعتماد بالإرادة الحقيقية ، فبذلك إن العقد في الحالات المنظمة في العلط والتدليس والإكراه يجوز إبطاله لفساد الإرادة ، ولكن يرجع المتعاقد الآخر — وهو لا ذنب له — على المتعاقد الأول بالتدليس ، وخير تدليس هو بقاء العقد صحيحاً .

على تلك . فنحن في الواقع من الأمر نأخذ بالإرادة الظاهرة ، وإن كنا نفعل ذلك تحت ستار أن الإرادة الظاهرة هي الإرادة الحقيقية ذاتها .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الظاهرة في بعض الفروض ، سواء كان ذلك في تكوين العقد أو في أثناء تفسيره . فساغ له من وجه أن ينص في المادة ٨٩ على أن العقد يتم « بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين » ، فجعل التعبير هو طريق التعرف على الإرادتين وما يقوم بينهما من تطابق . ولكن لا يجوز السير في هذا الطريق إلى مدى أبعد مما تحتمله النصوص . فليس صحيحاً أن التقنين الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة كقاعدة عامة . وإذا كان قد أخذ بها في بعض الفروض ، فقد صدر في ذلك عن اعتبار مشروع هو تحقيق استقرار التعامل . وهو إذا جعل التعبير طريق التعرف على الإرادة فإنما أراد عن طريق هذه العلاقة المادية التعرف على الإرادة الحقيقية بالقدر الذي يمكن التعرف عليها ، ولم يرد الأخذ بالإرادة الظاهرة التي تقف عند ظاهر التعبير . وإلا فالواضح أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الباطنة ، أي الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، كقاعدة عامة ، وفي مواطن شتى ، سواء كان ذلك عند تكوين العقد أو عند تفسيره .

ففي تكوين العقد ، لم يستند بالإرادة إلا في معدنها الحقيقي ، حرة مختارة غير مضللة ولا واهمة ، فححصها من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، بل إنه تعقبها في مطلق ما قد تنحصر له من ضغوط كما فعل في عقود الإذعان . ثم سار في استصفاء الإرادة الحقيقية واستكناه ما تنجبه إليه من غايات مستترة إلى مدى أبعد ، إذ اعتد لا بالإرادة وحدها بل أيضاً بالباعث الذي كان دافعاً لها . وهذه هي نظرية السبب أخذ التقنين الجديد بها كاملة ، وفي الأخذ بهذه النظرية انجياز واضح للإرادة الباطنة .

وفي تفسير العقد ، أخذ التقنين الجديد أيضاً بالإرادة الباطنة ، إذا كانت عبارات العقد غير واضحة . فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ على أنه « إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين

وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات ». فالأصل إذن فى تفسير المقدر هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، أى تلس الإرادة الحقيقية . وإذا كان التقنين الجديد يضع معايير موضوعية للبحث عن هذه الإرادة الحقيقية كطبيعة التعامل والعرف الجارى فى المعاملات ، فإن هذه المعايير ليست إلا طرقاً للنفاذ إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين على نحو منضبط يمكن الاطمئنان إليه .

والذى يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل فى الإرادة هى الإرادة الباطنة . ولكن هذه الإرادة فى بعض الأحوال ، تبعاً لمتطلبات الاستقرار فى التعامل ، تنجس فى المظهر الذى اتخذ للتعبير عنها ، فتصبح هى الإرادة الظاهرة ، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة للمشروعة التى يولعها هذا المظهر فى نفوس المتعاملين^(١) وإذا كان التقنين الجديد قد سار فى طريق الإرادة الظاهرة إلى مدى أبعد مما فعل التقنين الفرنسى ، فإن لعمري ذلك أسوة بالتقنينات اللاتينية الحديثة التى خطت أيضاً خطوات واسعة فى هذا الطريق . ومهما يكن من أمر اقتراب التقنين الجديد من الإرادة الظاهرة . فهو على كل حال لم يبلغ فى ذلك مبلغ التقنين الألمانى والتقنينات الجرمانية الأخرى ، ولا يزال فى هذا الصدد باقياً فى حظيرة التقنينات اللاتينية المتطورة .

(د) التصرف السبب والتصرف المبرر :

سنرى عند الكلام فى نظرية السبب أن هذه النظرية هى المحك الذى تتميز به

(١) هنا وقد أشرنا فيما تقدم إلى أن الدكتور أحمد زكى الشينى فى الذكرى التى تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس فى سنة ١٩٤٩ (ص ٣٧ — ص ٤٠) يرى أن التقنين المدينى الجديد قد أخذ بنظرية الثقة (Vertrauenstheorie) ، التى أخذ بها التقنين الألمانى والسويسرى . وهذه النظرية وسط بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، فهى تأخذ بالإرادة التى استطاع من وجه إليه التعبير أن يصرفها من خلال هذا التعبير مستعيناً بجميع الملابسات الموضوعية التى يجب علناً أن تدخل فى اعتباره . فالإرادة التى يتعد بها ، طبقاً لهذه النظرية ، هى الإرادة الباطنة التى يمكن التعرف عليها من خلال هذه الضوابط الموضوعية (volonté reconnaissable) .

ولا شك فى أن التقنين الجديد قد أخذ كفاعدة عامة بالإرادة الباطنة . ولكنه يتعرف عليها عن طريق الإرادة الظاهرة . فالإرادة الظاهرة وسيلة لا غاية .

التقنيات ذات الصبغة الذاتية عن التقنيات ذات الصبغة للموضوعية . فالتقنيات الأولى تأخذ بنظرية نفسية للسبب ، وتفسح له مجالاً واسعاً ، ولا تفر التصرّف المجرد عن سببه إلا في حدود ضيقة . أما التقنيات الأخرى فتأخذ بنظرية موضوعية للسبب ، ولا تفسح له إلا مكاناً محدوداً ، وتتوسع في إقرار التصرّف المجرد ، وترده إلى قاعدة عامة .

وسرى أن القانون الفرنسى قد خطا في نظرية السبب خطوات واسعة ، واستبدل القضاء الفرنسى بالنظرية التقليدية الضيقة ، وهي نظرية موضوعية ، نظرية حديثة جعلت السبب هو الباعث الذى دفع إلى التعاقد ، فحوّره إلى فكرة نفسية مخصصة . واشترط في كل تصرّف أن يكون مقروناً بسببه ، فلا يكون التصرّف مجرداً (abstract) إلا في حالات استثنائية يقتضيها استقرار التعامل ، وينص عليها القانون بذواتها .

وعلى النقيض من ذلك كان موقف التقنيات الجرمانية . فمندها أن السبب فكرة موضوعية بحتة . وقد احتفظت هذه التقنيات في نظرتها هذه بصبتها الموضوعية السائدة . ومن ثم أقرت التصرّف المجرد في حالات كثيرة . فجعلت عقود انتقال الملك عقوداً مجردة تنقل الملك بصرف النظر عن صحة العقود التى أنشأت الالتزام بنقل الملكية . وجعلت كثيراً من العقود التى تنشئ الالتزام عقوداً مجردة تصح ولو لم يكن لها سبب أو كان سببها غير مشروع ، وذلك كحوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والإناابة في الوفاء . بل سارت في هذا الطريق إلى مدى أبعد ، فرسمت خطوطاً رئيسية للتصرّف المجرد ، وردته إلى قاعدة عامة ، ونصت على أنه يجوز بوجه عام تجريد الالتزام من سببه ، فيتخذ صورة التمسّد المجرد بالوفاء (promesse abstraite de paiement) أو الاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette)

فإلى أى المذهبين انتهى التقنين الجديد ؟ هنا نراه انحاز انحيازاً تاماً إلى مذهب التقنيات اللاتينية . فأخذ بنظرية السبب كما يأخذ بها القضاء الفرنسى : نظرية نفسية واسعة تنفذ منها العوامل الذاتية والأدبية إلى مدى بعيد ، وتتغلغل في الصميم من العلاقات القانونية . وبالرغم من أن التقنين الجديد أخذ في بعض الحالات بمعايير موضوعية ، إلا أنه وقف في نظرية

السبب عند المعيار الذاتي ، ولم يتزحزح في ذلك عن تقاليد التقنيات اللاتينية . فالتقنين المصرى الجديد سبى (causaliste) كالتقنين المصرى القديم ، وكالتقنين الفرنسى ، وهو يتعارض في هذا إلى حد بعيد مع التقنيات الجرمانية . وهو كالتقنين الفرنسى يستوجب أن يكون كل التزام مقروناً بسببه ، وبشروط أن يكون السبب مشروعاً وإلا بطل العقد ، ولا يقر الالتزام المجرد إلا في حدود ضيقة ، فلا يضع له قاعدة عامة كافعلت التقنيات الجرمانية ، بل لا يعترف به إلا في حالات معينة يقتضيها الاستقرار في التعامل ، ويفرد لهذه الحالات نصوصاً خاصة .

ومن ثم نرى أن التقنين الجديد في هذا الصدد يبق كعادته في حظيرة التقنيات اللاتينية . بل إنه هنا التزم هذه الحظيرة في أضيق حدودها ، ولم يتأثر لا كثيراً ولا قليلاً بالتقنيات الجرمانية .

٢ — التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة

طابع التقنين الجديد هو الاعتدال . رأينا ممتدلاً فيما قدمنا . يتوسط في الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، فيأخذ به بعد أن يحيطه بقيود كثيرة . ويتوسط بين المذهب الشخصى والمذهب المادى للالتزام ، فيسبق للمذهب الشخصى بعد أن يأخذ بما فى المذهب المادى من نتائج عملية نافعة . ويتوسط بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ، فيصدر عن الإرادة الباطنة ، ولكنه يأخذ بالإرادة الظاهرة حيث يقتضى ذلك استقرار التعامل . ثم هو يأخذ بنظرية السبب كاملة ، ولا يقر التصرف المجرد إلا في حدود معتدلة معقولة .

فالتقنين الجديد يمد بحق من القوانين المتخيرة (éclectique) ، وإن بقى بوجه عام في حظيرة التقنيات اللاتينية كما قدمنا .

وهو ، فيما نحن فيه هنا ، يقف أيضاً موقف المتخير المعتدل ، فيتخذ سبيله قواماً بين الاستقرار والتطور ، وبين الفرد والجماعة .

(١) التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور :

يهدف التقنين الجديد إلى أن يكون قانوناً حياً عملياً . والقانون الحى العمل ينبغى أن

يحمل في طياته عوامل التطور حتى يبقى حياً ، وعوامل الاستقرار حتى يكون عملياً .
عوامل التطور في التقنين الجبريد : أهم هذه العوامل هي هذه المعايير المرنة التي جعلها
التقنين الجديد في مكان القواعد الجامدة ، وهذه السلطة التقديرية الواسعة التي أعطاهها للقاضي .

١ — **المعايير المرنة :** ورث التقنين الجديد عن التقنين القديم بعض القواعد الجامدة
التي لم يكن هناك بد من الاحتفاظ بها . مثل ذلك النبن في بيع عقار لشخص لا تتوافر فيه
الأهلية وقد قدر بما يزيد على خمس قيمة العقار (م ٤٢٥) ، والفوائد القانونية والاتفاقية
وقدر لها سعر معلوم لا تجاوزه (م ٢٢٦ — ٢٢٧) ، والقاعدة التي تقضي بأنه إذا عدل من
دفع العربون فقدّه وإذا عدل من قبضه رد ضعفه (م ١٠٣ فقرة ٢) وقد نقلها التقنين الجديد
عن القضاء والعرف ، والقاعدة التي استحدثها من جواز نقض عقد القسمة إذا لحق أحد
المتقاسمين غبن يزيد على الخمس (م ٨٤٥) . هذه القواعد الجامدة التي تضع للسألة حلاً
واحداً ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت الظروف والملابسات ، والتي تقف في بعض المسائل عند
رقم معلوم لا تتعد عنه ، قد نكون في حاجة إليها في قليل من الحالات لاستقرار التعامل
وثباته على وتيرة واحدة . ولكن لا يجوز الاستكتار من مثل هذه القواعد الجامدة فإنها
تقف عقبة في طريق التطور . وخير منها معايير مرنة يضعها المشرع هادياً للقاضي ، يسترشد
بها هذا فيما يعرض له من الأفضية ، ولا يتقيد فيها بخل واحد لا ينحرف عنه ، بل تتفاير
الحلول وتتفاوت بتفاير الظروف وتفاوت الملابسات^(١) .

وهذا مثل لميار مرين استبدله التقنين الجديد بقاعدة جامدة كانت موجودة في التقنين
القديم . فقد كانت المواد ٢٩١ — ٢٩٢ / ٣٦٤ — ٣٦٦ من التقنين القديم تنص على جواز
فسخ البيع إذا وقع على أشياء يبعث جملة واحدة ثم ظهر أنها أقل من القدر المتفق عليه

(١) أنظر في هذا المعنى : « الفئود التعاقدية الواردة على حرية العمل — الميار والقاعدة » رسالة
بالفرنسية للؤلف : ليون سنة ١٩٢٥ . هنا ولا يجوز الاعتراض على فكرة الميار المرين بالنسبة من تحكم
القاضي ، وبأن هذا التحكم محتج إذا تعيد القاضي بقاعدة ثابتة . ذلك أن القاضي لا يلبث إزاء القاعدة
الجامدة التي أصبحت لاتلائم الظروف أن يخرج عليها ، فينتقل إلى مجال يكون فيه أكثر تحكماً مما لو كان
أمامه معيار تقريبي مرين مفروض عليه أن يسترشد به .

أو أكثر. ثم نصت المادتان ٢٩٢/٣٦٧ من هذا التقنين على أنه لا يجوز للشترى فسخ البيع في هذه الأحوال « إلا إذا كان النلط زائداً على نصف عشر الثمن المعين ». فنبد التقنين الجديد هذه القاعدة الجلمدة التي تقف عند نسبة معينة من الثمن ، واستبدل بها معياراً مرناً إذ نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ على أنه « لا يجوز للشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد ». وكذلك يكون الحكم فيما لو وجد المبيع زائداً على المقدار المتفق عليه (م ٤٣٣ فقرة ٢) . وظاهر أن المعيار الجديد يفضل القاعدة القديمة ، إذ به يتمكن القاضي من الملازمة ما بين ظروف كل قضية والحل القانوني الذي يناسبها ، فقد يكون النقص أو الزيادة في المبيع أكثر من نصف العشر ورفض القاضي أن يحكم بفسخ العقد ، وقد يكون أقل ويجب القاضي للشترى إلى طلب الفسخ ، وذلك كله تبعاً للملازمات والظروف في كل قضية بذاتها . وقد أكثر التقنين الجديد من هذه المعايير المرنة إذ هي من أهم عوامل التطور . ونذكر هنا بعضاً منها :

فن ذلك معيار النلط الجوهرى ، وقد عرفته المادة ١٢١ بأنه النلط الذى يبلغ حداً من الجسامة بحيث يتمتع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا النلط . وظاهر أن هناك فرقاً كبيراً بين هذا المعيار المرن وبين القاعدة القديمة التي كانت تشترط أن يكون النلط واقعاً في مادة الشيء . ومن ذلك أيضاً معيار التبدليس الجسيم ، وقد قضت الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ بأنه يجوز إبطال العقد للتبدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد . ومثل معيار التبدليس الجسيم معيار الرهبة القائمة على أساس ، إذ تقضى المادة ١٢٧ بأنه يجوز إبطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس ، وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . وفي الاستئلال أعخذ التقنين الجديد معيار التأثير الدافع إلى التعاقد ، فلا يتحقق

الاستغلال إلا إذا تبين أن التعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن التعاقد الآخر قد استفل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً (م ١٢٩ قرة أولى) . وكذلك في السبب اتخذ التقنين الجديد معيار الباعث الدافع إلى التعاقد وإن كان لم يصرح به في النص . وفي جواز الرجوع في الهبة اتخذ معيار المذر المقبول ، فأجاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ قرة ٢) .

كل هذه معايير مرنة تتفاوت الحلول التي تؤدي إليها بتفاوت الظروف التي تطبق فيها ، وبخاصة إذا لوحظ أن جميع المعايير التي ذكرناها هي معايير ذاتية يراعى في تطبيقها حالات نفسية يكشف عنها القاضي في كل شخص بذاته ، وقد صرحت بهذا المعنى الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ في صدد الإكراه ، فقضت بأنه « يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه » . وسنرى أن هناك معايير أخرى موضوعية في التقنين الجديد تجمع بين مرونة المعيار وثبات القاعدة .

٢ — **سلطة القاضي التقديرية** : وعامل آخر في التقنين الجديد يفسح أمامه المجال للمرونة والتطور ، هو هذه السلطة التقديرية الواسعة التي جعلها للقاضي . رأيناها في تطبيق هذه المعايير المرنة التي تقدم ذكرها ، ونراها الآن فيما فوض فيه القاضي من تطبيق أحكام القانون وفقاً للنسائبات ، وما أعطى في ذلك من سلطة تقديرية ، تصل به في بعض الحالات إلى استكمال ما فات المتعاقدين أن يتفقا عليه ، بل وإلى تعديل ما تم عليه الاتفاق فيما بينهما . وإذا كان التقنين الجديد لم يبلغ في ذلك مدى ما بلغ التقنين السويسري إذ جعل القاضي مشرعاً فيما لم يرد فيه نص ، بل وقف عند حدود معقولة تمتنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء ، إلا أنه مع ذلك سار شوطاً بعيداً في سبيل أن يجعل للقاضي من سلطان التقدير ما يسر له أن يحمل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف . فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطوراً مستمراً ، ويواجه بها

ما يتغير من ملابسات وأحوال . ونورد أمثلة لما اشتمل عليه التقنين الجديد من نصوص تجعل للقاضي هذه السلطة التقديرية ، وهي سلطة تمكنه في بعض الحالات من أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل فيها عند الاقتضاء .

فمن النصوص التي تفسح للقاضي من سلطانه التقديرى ، هذه التي تجعل له حرية واسعة في تقدير التعويض المستحق للشخص المضرور ، وذلك في حالة الدفاع الشرعى ، فن جاوز في هذا الدفاع القدر الضرورى أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة (م ١٦٦م) ، وفي حالة الضرورة ، فمن سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضي مناسباً ، (م ١٦٨) ، وفي تحديد طريقة التعويض ، فيعين القاضي هذه الطريقة تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويقدر بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع (م ١٧١م) . ويقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعى (م ٢٠٠) . وللقاضي أن يعين الميعاد المناسب لحلحل أجل الدين إذا كان الوفاء مشروطاً عند المقدرة أو الميسرة (م ٢٧٢) . وله أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه (م ٣٤٦م ٢) . وله أن يمنع توجيه المدين الحاسمة إذا كان الخصم متمسكاً في توجيهها (م ٤١٠م ١) . وإذا التصق منقولان للمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلها دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (م ٩٣١) . ويجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات الضرورية والنافعة . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية (م ٩٨٢) .

ومن النصوص ما يميز للقاضي أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل في الشروط للتفق عليها . فإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم ، وإذا قام خلاف في المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تفصل فيها طبقاً لطبيعة

العاملة ولأحكام القانون والعرف والمذلة (م ٩٥) . وإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي (م ٧٠٩ ققرة ٢) . وقد رأينا أنه يجوز للقاضي في الاستغلال أن ينقص التزامات المتعاقد المفيون (م ١٢٩) ، وأن ينقص من العقد إذا كان في شق منه باطلا (م ١٤٣) ، وأن يحوله إلى عقد آخر توافرت أركانه إذا كان في الصورة التي هو عليها باطلا وتبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد الآخر (م ١٤٤) . وأن يرد الالتزام المهرق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ ققرة ٢) ، وأن يعدل الشروط التيسيرية في عقود الإذعان (م ١٤٩) . وأن يقضى بالتعويض التقدي إذا كان التعويض المعنى مرهقاً (م ٢٠٣ ققرة ٢) ، وأن يخفض التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (م ٢٢٤ ققرة ٢) .

عوامل الاستقرار في التقنين الجبريد : أهم هذه العوامل هي المعايير الموضوعية التي أكثر التقنين الجديدمنها ، ثم الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة في بعض الحالات .

١ — المعايير الموضوعية : رأينا فيما قبلناه كيف أن التقنين الجديد يكثر من اتخاذ المعايير المرنة التي تعين على التطور ، وبقي الآن أن نرى كيف أن الكثرة الغالبة من هذه المعايير هي معايير موضوعية لا معايير ذاتية كالتي سبق أن ذكرناها . وقد أريد بذلك إيجاد نوع من التعادل بين التطور والاستقرار . فالمعيار الموضوعي ، من حيث هو معيار عامل للتطور ومن حيث هو موضوعي عامل للاستقرار . والموضوعية ، وهي صنو للإرادة الظاهرة بل هي الأصل الذي تنتمي إليه هذه الإرادة ، من أكبر عوامل الاستقرار . وهي من مميزات التقنين الجديد . وقد أراد هذا التقنين أن يتخفف من حدة النزعة الذاتية التي تميز التقنينات اللاتينية . فأخذ بالإرادة الظاهرة وبالموضوعية معاً ، ولكن بقدر متفاوت إذ أقل من الأخذ بالإرادة الظاهرة وأكثر من الأخذ بالموضوعية ، إلى حد أنه عندما كان في بعض المسائل يتخذ معايير ذاتية ، لم يتخذها معايير ذاتية محضة بل رسم لها ضوابط موضوعية ليضفي عليها شيئاً من الثبات والاستقرار . ونأق بأمثلة من نصوص التقنين الجديد لمعايير موضوعية ، ثم لمعايير ذاتية لها ضوابط موضوعية .

فن للمايير الموضوعية معيار يكثر التقنين الجديد من ذكره ، وهو معيار « عناية الشخص للمعتاد » ويرجع هذا المعيار إلى عهد القانون الرومانى ، فهو معروف فيه ، شائع فى نواحيه المختلفة . ذكره التقنين الجديد كأصل من أصول الالتزام بعمل ، فنص فى الفقرة الأولى من المادة ٢١١ على أنه إذا كان المطلوب من اللدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة فى تنفيذ التزامه ، فإن اللدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الفرض المقصود . ثم طبقه فى نواح متفرقة ، فى العقود وفى غيرها . فالشريك فى عقد الشركة عليه أن يبذل من العناية فى تدبير مصالح الشركة ما يبذله فى تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٥٢١ فقرة ٢) . والمستأجر فى عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد (م ٥٨٣ فقرة ١) . والمستعير فى عقد العارية عليه أن يبذل فى المحافظة على الشيء المأر العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة ١) . والعامل فى عقد العمل يجب عليه أن يبذل فى تأدية العمل من العناية ما يبذله الشخص المعتاد (م ٦٨٥ (١)) . والوكيل فى عقد الوكالة يجب عليه ، إذا كانت الوكالة بغير أجر ، أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، فإن كانت بأجر وجب عليه أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) . والمودع عنده فى عقد الوديعة يجب عليه إذا كانت الوديعة بغير أجر أن يبذل من العناية فى حفظ الشيء المودع ما يبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل للمعتاد ، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠) . والحارس فى الحراسة الاتفاقية أو القضائية يلتزم بالمحافظة على الأموال المهددة إليه حراستها ويادارة هذه الأموال ، ويجب أن يبذل فى كل ذلك عناية الرجل المعتاد (م ٧٣٤ فقرة ١) . والفضولى يجب عليه أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص المعتاد (م ١٩٢) — ومن المعايير الموضوعية ، ما نص عليه التقنين الجديد فى الاستقلال ، إذ لا يجوز الطعن فى العقد

بهذا الوجه إلا إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر (م ١٢٩ فقرة ١) . وما نص عليه في الخلف الخاص ، من أن الالتزامات والحقوق المتصلة بالشئ تنتقل إليه في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته (م ١٤٦) . وما نص عليه في المسؤولية عن الغير ، من أن الشخص يكون مسؤولاً عن كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقبته وكان في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية (م ١٧٣ فقرة ١) . وما نص عليه في المسؤولية عن الأشياء ، من أن الشخص يكون مسؤولاً إذا تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة (م ١٧٨) ^(١) . وما نص عليه في تحديد الضرر المباشر ووجوب التعويض عنه ، من أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (م ٢٢١) . وما نص عليه في تحديد العيب الخفي في الشئ المبيع ، من أنه عيب ينقص من قيمة الشئ أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذي أعد له (م ٤٤٧ فقرة ١) . وما نص عليه في الإيجار ، من وجوب أن يكون استغلال المستأجر للأرض الزراعية موافقاً لمتنضيات الاستغلال المألوف (م ٦١٣) . وما نص عليه في التزام المرافق العامة ، من أن ملتزمي هذه المرافق إذا أثبتوا القوة القاهرة جاز لهم أن يدفعوا مسؤوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته (م ٦٧٣ فقرة ٢) .

ومن المعايير الذاتية المحددة بضوابط موضوعية ، ما نص عليه التقنين الجديد في الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من وجوب البحث في تفسير العقد عن النية المشتركة للمتعاقدين — وهذا هو معيار ذاتي — مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر

(١) أما ما ورد في المادة ذاتها في شأن المسؤولية عن الآلات الميكانيكية فهو قاعدة لا معيار . وفي هذه المقابلة بين الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة والآلات الميكانيكية يبين الفرق واضحاً بين المعيار والقاعدة .

من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات — وهذه هى ضوابط موضوعية . وما نص عليه فى تحديد المنزى المقبول للرجوع فى الهبة — وهو معيار ذاتى كما قدمنا — بضوابط موضوعية منها أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جرحاً كبيراً من جانبه ، وأن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكاتته الاجتماعية (م ٥٠١) . وما نص عليه فى مواضع كثيرة متفرقة فى اشتراط العلم ، من أن الشخص يكون علماً بالشئ . — وهذا معيار ذاتى — أو أن يكون من المفروض حتماً أن يعلم به — وهذا ضابط موضوعى (انظر المادتين ١٠٤ و ١٠٦ فى النياية والمواد ١٢٠ و ١٢٦ و ١٢٨ فى الفاظ والتدليس والإكراه) ، وما نص عليه فى الفاظ فى المادة ١٢٤ ، من أنه ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية — وهذا معيار ذاتى — ويبقى بالأخص ملزماً بالمقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا المقد — وهذا ضابط موضوعى .

٢ — **الإرادة الظاهرة** : وإلى جانب المعايير والضوابط الموضوعية ، أخذ التقنين الجديد فى بعض الحالات بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة توكيلاً لاستقرار التعامل . كما أخذ فى حالات أخرى بالتصرف المجرد ، وهو ضرب من الإرادة الظاهرة ، للفرض ذاته . وقد تقدم بيان ذلك كله .

(ب) التقنين الجديد بين الفرد والجماعة :

وقف التقنين الجديد بين الفرد والجماعة موقفاً معتدلاً عادلاً . فلم يضع الفرد لمصلحة الجماعة ، ولم يسخر الجماعة لخدمة الفرد . ونبين هنا كيف حمى الفرد ، وكيف حمى الجماعة .

حماية التقنين الجديد للفرد : لم يقصر التقنين الجديد فى حماية الفرد ، ولم يتهاون فى أن يفسح للحرية الفردية مجالاً معقولاً ، سواء كان ذلك فى نطاق المقد أو فى نطاق الملكية .

فى نطاق المقد ، أقر مبدأ سلطان الإرادة بالرغم مما أورد عليه من قيود تقدم بيانها . فلا يزال الفرد حراً فى أن يتساهد ، ولا تزان إرادته هى التى تنشئ المقد ، وهى التى ترتب

آثاره ، فتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فإذا تم فهو شريعة المتعاقدين . ولا يزال العقد هو أحد المصادر الرئيسية للالتزامات ، ولم ينزل عن مكانته . وإذا كانت مصادر أخرى كالعمل غير المشروع قد ارتفعت إلى منزلة العقد ، فإن ذلك لم ينتقص من أهمية العقد ولا من خطره . وإذا كنا قد بعدنا ، بما ورد على الإرادة من قيود لمصلحة كل من الجماعة والفرد ، عن مذهب الفردية المتطرفة التي كانت سائدة في أوائل القرن التاسع عشر ، والتي تشبع بها التقنين المدوّ، الفرنسي عند صدوره ، فإن التقنين الجديد لا يزال يحترم إرادة الفرد ، ويقر ما تنتجه إلى تحقيقه من آثار ، في حدود مقولة مقبولة ، في عصر تطور فيه مذهب الفردية تطوراً خطيراً ونزل فيه عن كثير من مظاهر الغلو .

وفي نطاق الملكية ، استبقى التقنين الجديد الملكية الفردية ، وحماها من الاعتداء . فمالك الشيء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، وله الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ، ولا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون ، وبالطريقة التي يرسما ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل . والمالك حر التصرف في ملكه ، إذا شاء نزل عنه إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وإذا شاء استبقاه ينتقل عنه بعد موته إلى ورثته ولن أوسعى لهم . وخفف التقنين الجديد من بعض قيود كانت تثقل الملكية في التقنين القديم . من ذلك الحق في الشفعة ، ضيق منه وأحاطه بقيود جديدة . ومن ذلك الحكر ، قصر مداه ، وقيد نطاقه ، فلا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، ولا يجوز ترتيب حكر على أرض غير موقوفة .

فالتقنين الجديد يحمي الفرد إذن من مظهرين رئيسيين من مظاهر نشاطه : حريته في التعاقد وحريته في التملك .

حماية التقنين الجديد للحياة : ولكن القانون الجديد يتششى مع روح عصره ، ويساير التطورات الخطيرة التي اعتورت مذهب الفردية . وآية ذلك نراها أيضاً في نطاق العقد وفي نطاق الملكية .

ففي نطاق العقد ، قيد التقنين الجديد سلطان الإرادة إلى مدى بعيد ، فهو محوط بكثير من القيود لمصلحة الجماعة سبق بيانها تفصيلاً في أسلفناه . ويتميز التقنين الجديد في هذا الصدد بأنه التزم في العلاقات التعاقدية حماية الجانب الضعيف . فحيث يختل التوازن بين طرفي العقد ، ويقف أحدهما مغلول اليد أمام الطرف الآخر ، فإن الجماعة يسيها أن تسمى الطرف الضعيف وهو يواجه الطرف القوى ، وأن تقيه من عثاره . رأينا التقنين الجديد يعمل ذلك في عقود الإذعان ، وفي نظرية الاستغلال . وفي نظرية الحوادث الطارئة . وفي عقد العمل ، وفي عقد التأمين ، وفي أحكام أخرى كثيرة سبق ذكرها . ومن ثم نرى أن التقنين الجديد طامحه حماية للدين ، وهو في ذلك على التقيض من التقنين القديم الذي كان يعم في حماية الدائن . ففي فوائد الدين لم يقتصر التقنين الجديد على تخفيض سعر الفوائد القانونية والاتفاقية ، بل أضاف إلى ذلك قيوداً كثيرة في تقاضى الفوائد ذكرناها تفصيلاً فيما تقدم (انظر المواد ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٣٢ و ٥٤٤) .

ثم إنه قيد إلى مدى بعيد من حق الدائن في الاختصاص بقمار للدين . فجعل هذا الحق ، كما رأينا ، لا يجوز الحصول عليه إلا إذا كان بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ ققرة ١) . ولم يجوز بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة (م ١٠٨٥ ققرة ٢) . ولم يجوز الاحتجاج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل (م ٢٥٦ ققرة ٢) . وأجاز ، كما قلنا ، لكل ذى مصلحة أن يطلب إقصاء الاختصاص إلى الحد للناسب إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين (م ١٠٩٤ ققرة ١) .

وفي نطاق الملكية ، قرر التقنين الجديد ققرة واسعة في جعل الملكية وظيفة اجتماعية أكثر منها حقاً فردياً . بل إن المشروع التمهيدى صرح بذلك في أحد نصوصه ، فذكر في المادة ١١٦٢ منه أن لمالك الشيء مادام ملتزماً بحدود القانون أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية . ولم تحذف هذه العبارة الأخيرة في المشروع النهائي قصداً إلى

جذف حكمها ، بل لأنها ، كما جاء في الأعمال التحضيرية^(١) ، « أشكل بالإيضاحات
الفقهية ، وأن في التطبيقات التي أوردتها المشروع في النصوص التالية ما يفنى عنها » .
وقد تضمنت النصوص التالية فعلا من القيود على حق الملكية ما يجعل هذا الحق وظيفة
اجتماعية روحاً ومعنى . فأوجبت المادة ٨٠٧ على المالك ألا يفلو في استعمال حقه إلى حد
يضر بملك الجار . وتكلفت المواد ٨٠٨ — ٨٢٤ بإيراد سلسلة من القيود على حق الملكية ،
في الشرب والمجرى والمسيل وحق المرور والحائط المشترك والمطلات وشرط عدم التصرف
وما إلى ذلك من القيود القانونية والاتفاقية ، بما يفل يد المالك في استعمال ملكه لا للمصلحة
العامة فحسب ، بل أيضاً لمصلحة الجيران ، وبما يبرز فكرة التضامن الاجتماعي متغلطة
في الصميم من نظام الملكية . ترى ذلك أيضاً فيما قدمناه في نظام الشيوع وكيف جعل
التقنين الجديد الكلمة العليا لأغلبية الملاك حتى يخضع الأقلية لحكم التضامن (م ٨٢٨
و ٨٢٩ و ٨٣٢) . وترى ذلك في ملكية الأسرة (م ٨٥١ — ٨٥٥) ، وفي ملكية
الطبقات (م ٨٥٦ — ٨٦١) ، وفي اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢ — ٨٦٩) .
وقد أسلفنا الإشارة إلى كل ذلك .

وبعد ، فهذا طرف من القيود التي يضعها التقنين الجديد على حرية التعاقد وعلى حق
الملكية . وتبين من ذلك أن هذا التقنين قد خطا خطوات واسعة في سبيل تحقيق العدالة
الاجتماعية . وما هو في هذا إلا مرآة لعصره ، تنعكس عليه صور التطورات العميقة
التي مر بها القانون في خلال قرن ونصف قرن ، منذ صدور التقنين المدني الفرنسي
ذي النزعة الفردية .

* * *

ويأبى التقنين الجديد أن يكون متخلفاً عن عصره . وما هو إلا صورة صادقة لمدينة
الجيل الذي ظهر فيه .

الكتاب الأول

من القانون المدني الجديد

الالتزامات بوجه عام

كلمة تمهيدية في التعريف بالالتزام

§ ١ - تحديد مركز نظرية الالتزام في القانون المدني

١ - أقسام القانون المدني : ينقسم القانون المدني - وهو القانون الذي ينظم علاقات الأفراد بعضها ببعض - إلى قسمين رئيسيين : قسم الأحوال الشخصية وقسم المعاملات .
قواعد الأحوال الشخصية هي التي تنظم علاقة الفرد بأسرته . وقواعد المعاملات هي التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال .
والمال في نظر القانون يتكون من حقوق .

والحق في المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد . وهو إما حق عيني أو حق شخصي .

والحق الشخصي هو الالتزام : ويسمى حقاً إذا نظر إليه من جهة الدائن ؛ وديناً إذا نظر إليه من جهة الدين .

٢ - الحق العيني والحق الشخصي : الحق العيني (droit réel) هو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين . أما الحق الشخصي (droit personnel) فهو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

ولا زال التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من أهم المسائل الرئيسية في القانون المدني . ولم تجد محاولات بعض الفقهاء في هدم هذا التقسيم . وهؤلاء الفقهاء فريقان : فريق يقرب الحق العيني من الحق الشخصي ، وفريق آخر على النقيض من ذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني .

٣ — تقرب الحق العيني من الحق الشخصي : أما الفريق الأول ، وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول ، فيرى أن الحق العيني هو كالحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . لأن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص . ولا يمكن أن يقال في الحق العيني إنه رابطة ما بين الشخص والشيء ، لأن الرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . ففي هذا إذن يتفق الحق العيني مع الحق الشخصي . ويتفق معه أيضاً في أنه يشتمل مثله على عناصر ثلاثة : موضوع الحق والدائن والمدين . فحق الملكية مثلاً موضوعه الشيء المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة إذ يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . فالحقان إذن يتأثلان من حيث الطبيعة والعناصر . وإنما يختلفان في شيء غير جوهري هو جانب المدين . ففي الحق العيني يكون المدين دائماً هم جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق العيني حقاً شخصياً عاماً من حيث المدين (passivement universel) . أما في الحق الشخصي فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات .

هذا ما يقوله الفريق الأول . وظاهر أنهم يقصدون هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من وراء جعل الحق العيني هو الذي يتأثر الحق الشخصي . ولا جدال في أنه من الخطأ أن يقال إن الحق العيني رابطة ما بين الشخص والشيء . فالرابطة لا توجد إلا بين الشخص والشخص كما يقول بلانيول . ولذلك قلنا في تعريف الحق العيني إنه « سلطة لشخص على شيء » ، ولم نقل إنه « رابطة ما بين شخص و شيء » . وأما القول بأن الحق العيني هو حق شخصي عام من حيث المدين ففيه مغالطة لا تخفى عند التعمق في النظر . إذ الحق الشخصي فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين . وتلتزم الناس كافة باحترامه . فإذا أخل أحد بهذا الالتزام ، بأن حرض المدين مثلاً على أن يمتنع عن القيام بما تعهد به ، كان مسئولاً ووجب عليه التعويض . ولكن الحق الشخصي يزيد على الحق العيني شيئاً جوهرياً يميزه عنه ، هو الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره . ففي كل حق شخصي يوجد مدين معين ، أو مدنيون معينون ، هم الذين يباشرون الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق بوساطتهم ، ولا وجود لهؤلاء في الحق العيني .

وهذا فرق جوهرى ما بين الحقين تترتب عليه نتائج هامة سيأتى ذكرها^(١).

٤ — **تقريب الحق الشخصى من الحق العيى** : وهناك الفريق الثانى وهو الذى يحاول هدم التمييز من وراء جعل الحق الشخصى كالحق العيى . وعلى رأس هذا الفريق الأستاذان سالى (Saleilles) ولامبير (Lambert) . ويتلخص رأيهما فى أن الحق الشخصى هو كالحق العيى عنصر من عناصر الذمة المالية (patrimoine) يتصرف فيه صاحبه ، فيبيعه ويهبه ويرهنه ويجرى فيه سائر التصرفات . وقد حان الوقت الذى ينظر فيه إلى الحق الشخصى لا باعتبار أنه رابطة ما بين شخصين ، بل باعتبار أنه عنصر مالى ، وهذا ما يقتضيه تقدم المعاملات وسرعة تداول الأموال . فتتجرد القيمة المالية للحق الشخصى عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، وبذلك يقرب الحق الشخصى من الحق العيى . وهذا هو المذهب المادى فى الالتزام ، وسنعود إليه فيما لى .

ونحن لا ننكر على المذهب المادى للالتزام انتشاره ومسيرته لتتطور القانونى الحديث . ولكننا مع ذلك لانراه يهزم التمييز ما بين الحق العيى والحق الشخصى . فمن الممكن أن ينظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتبار موضوعه لا باعتبار أشخاصه ، ويكون فى هذا تقريب بينه وبين الحق العيى . ولكن ذلك لا ينفى أن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الحقين حتى إذا نظر إليهما معاً من حيث موضوعهما ، فالدائن فى الحق العيى يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما ، بخلاف الحق الشخصى فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بواسطة المدين .

٥ — **بقاء التمييز ما بين الحقين قائماً** : يبقى إذن التمييز ما بين الحق الشخصى والحق العيى قائماً ومحتفظاً بأهميته . فالحق العيى سلطة مباشرة للشخص على الشيء ، والحق

(١) وينقل الدكتور أحمد حشمت أبو سبت فى كتابه « نظرية الالتزام » عن مذكرات الدكتور عبد المطلب خيال (قرة) : « فى هذا الصدد ما أتى : « إن التكليف باحترام الحق العيى وعدم الاعتداء عليه لا يمكن بالدائمة أن يكون من العناصر المكونة له ، لأنه لا يتصور أن يُلَبَّ إلى الكافة إلا احترام حق كامل قائم . فالتكليف يقرر إذن وجود الحق العيى ، بينما الالتزام الواقع على المدين فى الحق الشخصى جزء منه لا يتصور وجود الحق من غيره » . (أحمد حشمت أبو سبت : نظرية الالتزام ، القاهرة سنة ١٩٤٥ ص ١٠ ملحق رقم ١) .

الشخصى رابطة ما بين شخصين . والظاهرة المهمة فى الحق العيى هى تحديد الموضوع ، أما فى الحق الشخصى فـ تحديد المدين . ويزيد الحق العيى على الحق الشخصى عنصراً أساسياً هو وجود مدين معين يباشر بوساطته الدائن سلطته على الشئ موضوع الحق .

٦ — تناح هذا التمييز : وهذا التمييز ما بين الحقين لا يزال تمييزاً جوهرياً فى كل القوانين التى اشتقت من القانون الرومانى . وتقرّب عليه تقيجتان هامتان :

١ — لما كان الحق العيى سلطة مباشرة على الشئ ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشئ (droit de suite) فى يد أى شخص انتقلت إليه ملكيته .

٢ — وله أيضاً ، إذا كان الحق العيى حق ضمان كالرهن : أن يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين فى تقاضى حقه من الشئ (droit de préférence) ، فإن هؤلاء ليست لهم إلا سلطة مباشرة على هذا الشئ^(١) .

§ ٢ — المذهبان الشخصى والمادى فى الالتزام

٧ — **الرابط القانونى ما بين الرائن والمدين** : تبين مما قدمناه أن الحق الشخصى ، أى الالتزام ، يقوم على رابطة قانونية ما بين الدائن والمدين ، ويسمى الرومان ، *juris vinculum* .

ولم تثبت هذه الرابطة على حال واحدة ، بل إنها تطورت . فكانت فى أول أمرها

(١) ويلاحظ فى هذا الصدد أن التنازل عن الحق العيى يتم بإرادة مفردة من إرادة صاحب الحق . أما التنازل عن الحق الشخصى فكان فى التقنين اللدى القديم لا يتم إلا بإعاق الدائن والمدين تنظيلاً لتاحية ما ينطوى عليه الحق من رابطة شخصية ، ويتم الآن فى التقنين اللدى الجديد . بإرادة صاحب الحق وحدهما تنظيلاً لتاحية ما ينطوى عليه الحق من قيمة مالية .

ويلاحظ كذلك أن الحق العيى يكسب بالتقدم ، أما الحق الشخصى فلا . والسبب فى ذلك لا يرجع إلى أن الجائزة ، وهى التى يستند إليها التقدم للكسب ، ترد على الحق العيى دون الحق الشخصى ، فالجائزة ترد على كل من الحقين (قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٧ وهامش رقم ١) . ونرى أنه لا يوجد سبب فى يمنع من كسب الحق الشخصى بالتقدم . ولكن لما كان ذلك لا تتحقق قائمته العملية إلا نادراً ، فقد أغفلته الصياغة القانونية ، وهى لم تغفل فى الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك كما نرى فى نظرية الوارث الظاهر وفى الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته (م ٣٣٣ من القانون المدنى الجديد) .

سلطة تعطى للدائن على جسم المدين لا على ماله ، وكان هذا هو القنى يميز بين الحق المينى والحق الشخصى . فالأول سلطة تعطى للشخص على شيء ، والثانى سلطة تعطى للشخص على شخص آخر . وكانت سلطة الدائن على المدين سلطة واسعة ، يدخل فيها حق الإعدام وحق الاسترقاق وحق التصرف . ثم تطلعت هذه السلطة فصارت مقصورة على التنفيذ البدنى بحسب المدين مثلاً . ولم يصل الدائن إلى التنفيذ على مال المدين إلا بعد تطور طويل . فأصبح للالتزام ، منذ عهد الرومان ، مظهران : مظهر باعتباره رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين ، ومظهر باعتباره عنصراً مالياً يقوم حقاً للذمة الدائن ، ويتربط ديناً فى ذمة المدين .

ولا يزال الالتزام محتفظاً بهذين المظهرين إلى الوقت الحاضر وإن اختلفت المذاهب فيه فذهب يغلب الناحية الشخصية ، وهو المذهب الفرنسى التقليدى الموروث عن القانون الرومانى ، ومذهب يغلب الناحية المالية وهو المذهب الألمانى الحديث .

٨ - المذهب الشخصى فى الالتزام : أما المذهب الشخصى (théorie subjective)

فيرى الأمر الجوهرى فى الالتزام هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذا ما حمل الأستاذ بلانيول على أن يزيد فى تعريف الالتزام فكرة الرابطة الشخصية . فهو يعرف الالتزام بأنه علاقة قانونية ما بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق فى تقاضى شيء معين من الآخر وهو المدين .

وأشهر من قال بالمذهب الشخصى من فقهاء الألمان سافينى (Savigny) . فقد كان يرى الالتزام رابطة شخصية تخضع المدين للدائن ، وهى صورة مصغرة من الرق . فالسلطة (Herrschaft) التى تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية من يخضع لهذه السلطة . وهذا هو الرق الكامل والملكية التامة . وقد لا تتناول السلطة إلا بعض هذه الحرية ولا تمتد إلا إلى جزء من نشاط المدين ، فيترتب من ذلك حق للدائن فى جزئ من حرية المالكى ولكنه ليس إياها . فهو حق خاص بعمل معين من أعمال المدين ، وهذا مما تسميه بالالتزام . فالالتزام إذن هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر ، تكون الملكية والالتزام فى نظر سافينى شيئين من طبيعة واحدة ، ولا يختلفان إلا فى الدرجة ، كفى الملكية

يكون الخضوع كلياً ، وهو جزئى فى الالتزام ولكنه موجود فى الحالىن .

٩ — **المذهب المادى فى الالتزام** : يقين مما تقدم أن نظرية سافيتى وهى مطبوعة بطابع القانون الرومانى . تجعل من الالتزام رابطة شخصية وثيقة ، رابطة خضوع قريب من الرق ، وتسجها على طراز من حق الملكية .

هذه النظرية قام فى وجهها فقهاء الألمان ، وعلى رأسهم جيرك (Gierke) وأبوأن تستمر فى الفقه الألماني بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية وغلّبوا النظريات الجرمانية الأصل عليها . وقد بين جيرك أن الفكرة الجرمانية فى الالتزام لا تحف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، بل تنظر إلى محل الالتزام وهو المنصر الأساسى . وتجردة من الرابطة الشخصية ، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية ، فينفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً المعبر فيه بقيمته المالية^(١) . هذه هى النظرية المادية (théorie

(١) وساعد على ذبوع النظرية المادية فى ألمانيا تحليل الحق الشخصى على اعتبار أنه حق على شيء (Jus ad rem) ، فأقرب بذلك من الحق الصينى الذى هو حق فى شيء (Jus in re) . وقد أوغل الألمان فى التحليل على هذا النحو ، حتى أصبح الحق الشخصى فى النهاية خطوة نحو الحق الصينى ، إذ يبق حق الدائن شخصياً إلى يوم التنفيذ ، فإذا ما هذ وتسلم الدائن الدين صار حقه عينياً على ما نلحه . وتساند مع النظرية المادية للالتزام نظريتان أخريان ، هما أيضاً ألمانيان : نظرية التمة المالية ونظرية المديونية والمسئولية .

فالقمة المالية (patrimoine) ينظر إليها الألمان من الناحية المادية ولا يربطونها بالشخص . فهم يجرع من المال يتكون من عناصر إيجابية (actif) ومن عناصر سلبية (passif) ، ويتميز لا باستناده إلى شخص معين ، بل بتخصيصه لغرض معين سواء استند إلى شخص أو لم يستند . ولما كان الالتزام من عناصر التمة المالية التى هى شيء مادى ، فإنه يكسب منها هذه الصفة .

وعزز الألمان بين المديونية (Schuld) والمسئولية (Haftung) . فالمديونية واجب قانونى معين يقوم به شخص لآخر . فهى إذن رابطة شخصية ما بين المدين والدائن ، تجعل على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن واجب قبول هذا الوفاء . ولا تتضمن المديونية عامل الإجبار على الوفاء ، لإعنا الإجبار هو المعنى الذى تتضمنه المسئولية . فالدين قد يكون مديناً ومستولاً فى وقت ساً فيجمع ما بين المديونية والمسئولية ، وفى هذه الحالة يكون عليه واجب الوفاء ، ويمكن إجباره على ذلك . وإجباره على الوفاء إما أن يكون بالتسلط على شخصه أو بالتسلط على ماله من طريق شخصه . وقد تفصل المسئولية عن المديونية ، فلا يمكن إجبار المدين على الوفاء (وهذا يقرب من الالتزام الطيعى فى القوانين اللاتينية) . ويكون هناك شخص آخر هو المسئول فى شخصه (ويقرب من التكفل بالنفس فى الفريعة الإسلامية) أو فى ماله عن طريق شخصه =

(objective) للالتزام ، لم تقتصر على ألمانيا ، فقد نشرها في فرنسا غيلا عن المدرسة الألمانية سالي (Saleilles) ، وهو يعتبر زعيم هذا المذهب في فرنسا ولو أن المذهب لم يند في الفقه الفرنسي .

١٠ - نتائج العملية للمذهب المادي : وليس للمذهب المادي مجرد مذهب نظري ، بل هو خصب في نتائجه العملية . فإن النظر إلى الالتزام باعتباره شيئاً مادياً يكون من شأنه أن يزيد في سرعة التعامل ، وهذا ما تقتضيه النظم الاقتصادية في العصر الحاضر من تبسيط في المعاملات وتيسير لها . حتى يكسب تداول الأموال مرونة تستلزمها هذه النظم ، بعد أن اشتدت حركة الإنتاج وانشرت الصناعات الكبيرة . فالنظرية المادية تضعف الصلة ما بين محل الالتزام وشخصي الدائن والمدين . وينبني على هذا نتائج عملية هامة نذكر منها اثنتين :

(أولاً) لما كانت العبارة في الالتزام بمحله دون أشخاصه ، أصبح من السهل أن تصور تغير أشخاص الالتزام ، ليس من دائن إلى آخر فحسب ، وهذا ما يسلم به التقنين الفرنسي ذاته مع أنه قد أخذ بالمذهب الشخصي ، بل أيضاً من مدين إلى آخر ، فيوجد إلى جانب حوالة الحق (cession de créance) حوالة الدين (cession de dette) . وهذا ما اعترف به التقنينات للشعبة بالمذهب المادي ، كالتقنين الألماني والتقنين السويسري ، وعلى أثرهما سار التقنين المدني الجديد ، وقد سار في ذلك الشريعة الإسلامية وهي تعترف بحوالة الدين . أما التقنين المدني القديم فكان على غرار القانون الفرنسي لا يعترف إلا بحوالة الحق .

== (ويقرب من الكفيل الشخصي) ، وقد تنحصر المسئولية في المال ، فيصبح المال دون الشخص في هذه الحالة هو المسئول (ويقرب من الكفيل المني أو الحائز لقطار الرهون) . فالمسئولية تكون إذن على نوعين : (١) مسئولية شخصية تقع على شخص المسئول أو على ماله عن طريق شخصه (٢) ومسئولية عينية تقع على المال وحده دون نظر للشخص . ومن ثم يبين أن المسئولية العينية . وهي أحد العنصرين الجوهريين للالتزام ، تقع على المال مباشرة دون الشخص ، فتصطبغ بالصفة المادية (انظر : Rudolf Huebner A History of German Private Law - ترجمه إلى الإنجليزية الأستاذ (Philbrick) لندن سنة ١٩١٨ م ٤٦٣ - م ٤٨٦) .

(ثانياً) لما كانت الرابطة الشخصية ليست هي الأمر الجوهرى فى الالتزام ، فمن الممكن أن تصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه ، فيستند الالتزام إلى المدين وحده . ولو كانت الرابطة الشخصية هي العنصر الأول ، لما أمكن تصور التزام ينشأ دون أن يكون هناك وقت نشوئه دائن ومدين ، لأن الالتزام هو الرابطة الشخصية فيما بين هذين . فإذا لم يوجد أحدهما امتنع وجود هذه الرابطة . أما إذا أخذنا بالمذهب المادى ، أمكن تصور التزام يقع عبثاً فى مال المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا المعب وقت وجود الالتزام ، ويكفى أن يوجد الدائن وقت التنفيذ ، فى هذا الوقت فقط تظهر الضرورة فى أن يتقدم دائن يستوفى للمدين التزامه . ولا شك فى أن تحليل الالتزام على هذا الوجه يفسر كثيراً من المسائل القانونية التى لا يمكن تفسيرها إذا تعيدنا بالمذهب الشخصى . ونذكر من هذه المسائل ما يلى :

(١) التزام المدين بإرادته المفردة لغير دائن معين : هناك حالات عملية نرى فيها شخصاً يلتزم بمجرد إرادته لغير دائن معين . مثل ذلك شخص يعد بجائزة من عثر على شيء ضائع . فالواعد هنا قد التزم بإرادته المفردة ووجد الالتزام دون دائن ، على أن يوجد هذا الدائن فيما بعد عند تنفيذ الالتزام . فمثل هذا التحليل ، وهو التحليل العلمى الصحيح ، لا يتفق إلا مع المذهب المادى ويستعصى على المذهب الشخصى الذى أبى إلا أن يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام .

(٢) نظرية المستراط لمصلحة الغير : إذا طبقت هذه النظرية فى حالة عقد التأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لما يوجد وقت نشوء الالتزام ، كما إذا أؤمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ولم يكن له ولد وقت التأمين ، فإن الالتزام فى هذه الحالة ينشأ دون أن يوجد الدائن . ولا يمكن تفسير التزام مثل هذا إذا تعيدنا بالمذهب الشخصى . فلا يستطيع إذن تفسيره إلا طبقاً للمذهب المادى .

(٣) السند لحامد : من يوقع هذا السند يلتزم لدائن غير معروف هو حامل السند . فهذا أيضاً نشأ الالتزام دون دائن ، ولا يفسر ذلك إلا للمذهب المادى .

١١ — تقرير المذهبين الشخصي والمادى : لا شك فى أن النظرية للادية من شأنها أن تؤدى إلى نتائج عملية خطيرة الشأن رأينا جانباً منها ، وأدركنا كيف أنها تتمشى مع النظم الاقتصادية القائمة فى الوقت الحاضر ومع سرعة تداول المال وتيسير سبل المعاملات . لذلك يجب الاحتفاظ بالمرونة التى يكسبها هذا المذهب لنظرية الالتزام .

على أنه لا يجوز فى الوقت ذاته إغفال المذهب الشخصى . فلا يزال الالتزام رابطة فيما بين شخصين . ولا تزال لشخصية المدين والدائن أثر كبير فى تكوين الالتزام وتنفيذه . فقد رأينا أنه لا بد من وجود طرفى الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسنرى أن نية الطرفين — وهذا شئ نفسى — يؤثر تأثيراً كبيراً فى وجود الالتزام صحيحاً وفى تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هى السبيل الذى تتسرب منه العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية . ونضيف إلى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية فى الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضاً عند نشوئه ، وهذا ما يعترف به المذهب المادى ذاته . ووجود مدين معين فى الالتزام إنما هو هذا الذى يقوم عليه الفرق الجوهرى ما بين الحق الشخصى والحق العيى . قد سبق أن أشرنا إلى أن سلطة الدائن على الشئ فى الحق الشخصى سلطة غير مباشرة يستعملها الدائن بواسطة المدين ، فهو لا ينفذ إلى محل الالتزام إلا عن طريق شخص المدين ، وهذا ما يحمل من غير المستطاع إغفال الرابطة الشخصية فى الالتزام .

والتقنين المدنى الجديد ، إذا كان قد أخذ من المذهب المادى نتائج عملية هامة ، لم يهجر فى الوقت ذاته المذهب الشخصى ، بل استبقاه فى كثير من آثاره . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

§ ٣ — اختيار تعريف للالتزام

١٣ — تعريف التقنين المدنى القديم وتعريف التقنين المدنى الفرنسى :

بعد هذه النظرة العامة للالتزام يمكن الآن أن نختار تعريفاً له . ونذكر قبل ذلك تعريف التقنين المدنى القديم وتعريف التقنين الفرنسى . فقد كانت المدة ١٤٤/٩٠ من

التقنين المدنى القديم تنص على أن « التمهيد هو ارتباط قانونى الفرض منه هو حصول منفعة لشخص بالتزام التمهيد بعمل شئ معين أو بامتناعه عنه ». والتقنين القديم كان يسمى الالتزام « تمهداً ». ولفظ « الالتزام » أدق ، لأن التمهيد قد يفهم على أنه التزام مصدره المقدون غيره من المصادر الأخرى .

وقد ورد تعريف الالتزام فى التقنين المدنى الفرنسى عرضاً فى صدد تعريف العقد . فنصت المادة ١١٠١ من هذا التقنين على أن « العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شئ أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » . وتعريف التقنين المدنى الفرنسى يقرب من تعريف التقنين المدنى القديم فى أن كلا منهما ينص على أن محل الالتزام هو عمل شئ معين أو الامتناع عن عمل شئ معين . وزيد القانون الفرنسى أن محل الالتزام قد يكون إعطاء شئ (donner) ، أى نقل ملكية أو حق عيى . والتقنين المدنى القديم يدخل الالتزام بإعطاء شئ فى دائرة الالتزام بعمل .

١٣ — التعريف الذى ورد فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد : وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، فى المادة ١٢١ ، يعرف الالتزام على الوجه الآتى : « الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يتمتع عن عمل » .

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، تعليقاً على هذا النص ، ما يأتى ^(١) : « كان فى الوسع تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية أو رابطة من روابط القانون ، ولا سيما أن هذا هو التعريف التقليدى الذى ورد فى التقنين المصرى الخالى (م ١٤٤/٩٠) . بيد أنه يخشى من سياق التعريف على هذا الوجه أن يكون فى ذلك قطع برأى معين فى مسألة حظها من الخلاف فى الفقه الحديث غير قليل . والواقع أن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية إنما هو اعتناق للذهب الشخصى ، مع أن الطابع المادى للالتزام أخذ يتزايد نصيبه من البروز فى التشريع الحديث . وقد آثر المشروع أن يعرف الالتزام بأنه حالة قانونية تأكيداً

لهذه النزعة الحديثة . وهى بمد نزعة الشريعة القراء فى تصورهما لفكرة الالتزام . ويراعى من ناحية أخرى أن ذكر الدائن قد أغفل فى التعريف إغفالاً تاماً ولم يذكر إلا المدين . وهذا وجه آخر من وجوه التصور المادى للالتزام . فالالتزام ، مجرداً من الدائن ، مرتبطاً بالمدين وحده ، إنما يكون عنصراً سالياً من عناصر الذمة المالية أكثر منه علاقة قانونية تربط ما بين شخصين ، وينهض لتوجيه هذا النظر ما استقر عليه العمل . فمن الميسور عملاً تصور التزام ليس له دائن وقت نشوئه ، والاشتراط لمصلحة الغير حافل بالتطبيقات التى يمكن أن تساق فى هذا الصدد . على أن الطابع الشخصى لم يهمل إهمالاً تاماً . فالالتزام ، كما هو مذكور فى التعريف ، يستتبع بالضرورة وجود شخص ملزم هو المدين . ومؤدى ذلك أن لكل التزام مديناً يعتبر شخصه عنصراً جوهرياً من عناصره ، وهذا هو نصيب الطابع الشخصى من فكرة الالتزام » .

وقد رؤى حذف هذا النص فى المشروع النهائى تجنباً للتعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه ، وتمحزراً من تأكيد الطابع المادى للالتزام فى نص تشريعى تأكيداً قد يحمله بطنى على الطابع الشخصى . فالتعريف الذى ورد فى المشروع التمهيدى أليق أن يكون مكانه الفقه لا التشريع ^(١) .

١٤ — التعريف الذى نختاره : وفى رأينا أن خير تعريف للالتزام ، فى المرحلة التى وصل إليها من التطور فى الوقت الحاضر ، هو التعريف الذى يبرز المسألتين الآتيتين :

(أولاً) أن للالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية . فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً .

(ثانياً) أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن منذ نشوء الالتزام .

وعندنا أن التعريف الآتى يفي بهذا الغرض :

« الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » .

§ ٤ — أهمية نظرية الالتزام

وتأثيرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

١٥ — **أهمية نظرية الالتزام** : بعد ما قلنا من تحديد لنظرية الالتزام ، بقى أن ندل على ما لهذه النظرية من شأن وخطر . فهى من القانون المدنى ، بل ومن القانون عامة ، بمثابة العمود الفقري من الجسم . ويحمل لها تارد (Tarde) فى علم القانون مكان نظرية القيمة فى علم الاقتصاد السياسى . ويعد علماء القانون فيها مجالاً فيصيحاً للسمو بالمنطق القانونى إلى أرفع مكان . بل قد يبالغ بعض الفقهاء فيفضل ما تشتمل عليه هذه النظرية من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية ، ويجردها من كل ذلك ، ويبرزها قواعد فنية خالية إلا من المنطق المحض ، قريبة من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية . بل إن البعض قد غالى إلى حد أن وضع لها أسساً رياضية يضاهى بها النظريات الهندسية .

١٦ — **تطور النظرية** : على أنه إذا صح أن نظرية الالتزام هى أصلح النظريات القانونية ميداناً للتفكير المنطقى ، وأفسحها مجالاً للتجريد والتعميم ، وأخصبها تربة لإنبات المبادئ العامة ، وإذا صح أيضاً أنها أولى النظريات قابلية للتوحيد فى شرائع الأمم المختلفة لوحدة أصلها التاريخى ولسيادة المنطق فيها ، فليس بصحيح ما يزعم بعض الفقهاء من أن هذه النظرية لم تتطور ، بل بقيت ثابتة على الزمن ، تلقينها عن الرومان كما هى دون تغيير يذكر . والصحيح أن نظرية الالتزام تطورت تطوراً كبيراً منذ عهد الرومان إلى اليوم . وقد تأثرت فى تطورها بعوامل اجتماعية واقتصادية وأدبية .

١٧ — **تأثر النظرية بالعوامل الاجتماعية** : فالنظريات الاشتراكية وما فى منحائها من النظريات الاجتماعية الأخرى أثرت فى نظرية الالتزام تأثيراً واضحاً . وهذا عقد العمل ، وقد أخذ يزدحم بالقواعد والأحكام التى تهدف إلى حماية المال وإلى إعطائهم من الحقوق ما لم يكن لهم من قبل كحرية الاجتماع وحق تكوين النقابات وحق الإضراب . وهذه نظرية العقد ذاتها ، وقد أخذت قوة الإلزام فى العقد تبنى فيها على التضامن الاجتماعى أكثر

بما تقوم على إرادة الفرد . وهذه عقود الإذعان ، وقد أخذت الدولة تتدخل في تنظيمها حتى لا تترك جانب المستهلك دون حماية وهو الجانب الضعيف . وهذه نظرية النين ، وقد أخذت تنسج في القوانين الحديثة حتى أصبحت نظرية عامة تنطبق على جميع العقود على خلاف ما كانت تقضى به النظريات الفردية من وجوب ترك الفرد حراً في تعاقله يلتزم بما أراد مهما أصابه من غبن في ذلك .

١٨ — **تأثير النظرية بالعوامل الاقتصادية :** كذلك كان للعوامل الاقتصادية تأثير كبير في نظرية الالتزام . فقد كان من شأن السرعة في تداول المال أن أخذ للذهب للادى للالتزام يبرز إلى جانب للذهب الشخصي كقلمتنا . ووجدت ظاهرة اقتصادية أخرى هي استغلال القوات الطبيعية استغلالاً اقتصادياً مما أدى إلى استعمال مختلف الآلات الميكانيكية . وكان لهذا أثره في نظرية الالتزام ، فقد اقترن تقدم الآلات وكثرة استعمالها بمخاطر جمة تستهدف لها الناس ، وكان هذا سبباً في تأسيس المسئولية على الخطأ للقروض ، بل وفي خلق نظرية تحمل التبعة . وكان من ذلك أيضاً أن اتسع نطاق عقد التأمين بأنواعه المختلفة ، فوسع من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حتى بدت في ثوب جديد . وظاهرة اقتصادية ثالثة كان لها أثرها في نظرية الالتزام هي تجمع رؤوس الأموال للانتاج على أثر تقدم الصناعة ، وكان من وراء ذلك أن جدت نظريات في تنظيم النشاط الاقتصادي ، وأدى ازدياد هذا النشاط إلى خلق أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل ، كالعقود الجماعية والعقود النموذجية وعقود التزام المرافق العامة . هذا إلى أن للمشاكل الاقتصادية بعد الحربين العالميتين الأخيرتين قد خلقت نظريات قانونية جديدة . نرى هذا في نظرية الظروف الطارئة ، وفي نظرية الوفاء بعملة قص سعرها وما يتصل بذلك من « شرط الذهب » ، وفي التسمير الجبرى للسلع والأجر .

١٩ — **تأثير النظرية بالعوامل الأدبية :** أما تأثير العوامل الأدبية في نظرية الالتزام فهو قديم . فالنظرية التي تقضى بأن النش يفسد العقود ، ونظرية التمسف في استعمال الحق ، والبلد القاضى بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام ، كل هذه نظريات

مشبعة بالروح الأدبية ، وهى تقوم على محاربة سوء النية والضرب على أيدي العابثين بالأخلاق والآداب العامة . وهناك الالتزامات الطبيعية ، وهى التزامات تمت بصلة متينة إلى قواعد الأخلاق ، يعترف بها القانون ويضع لها نوعاً من الجزاء ، فتمتزج للثل الأدبية بالقواعد القانونية حتى تصبح شيئاً واحداً . هذا إلى أن المصادر غير التعاقدية للالتزام إنما تقوم على أساس متين من القواعد الأدبية . فالالتزام بالتعويض عن العمل الضار يستند إلى التزام بوجود الامتناع عن الإضرار بالغير دون حق . كذلك مبدأ الإثراء بلا سبب يمنع الشخص من أن ينفع على حساب غيره . والالتزامات التى ينشئها القانون ، كالتزامات الجوار والتزامات أفراد الأسرة بعضهم نحو بعض ، هى فى الواقع أوامر ونواه أدبية تقضى بوجود المطف على الجار والكف عن إيذائه والبر بنوى القربى والأرحام . فلذا قلنا إن القانون إنما يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر لا تكون مبالغة فى هذا القول ، ونكون قد دللنا فى الوقت ذاته على أن القانون والأخلاق شيان متلازمان .

٣٠ — ترتيب موضوعات الكتاب : بعد هذه الإلمامة المجلى بالالتزام نبدأ الكلام فى مصادره ، وقدم لذلك بكلمة فى ترتيب هذه المصادر ، ثم نستعرضها فى أبواب أربعة :

الباب الأول : فى المقد .

الباب الثانى : فى العمل غير المشروع .

الباب الثالث : فى الإثراء بلا سبب .

الباب الرابع : فى القانون .

مصادر الالتزام

مقدمة

في ترتيب مصادر الالتزام

٢١ - نعرف مصدر الالتزام : المقصود بمصدر الالتزام هنا هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام . فالالتزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد البيع . والتزام التسبب في ضرر بتعويضه مصدره العمل غير المشروع . والتزام الأب بالنفقة على عياله مصدره نص في القانون .

٢٢ - الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام : تذكر القوانين اللاتينية عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد (contrat) ، وشبه العقد (quasi-contrat) ، والجريمة (délit) ، وشبه الجريمة (quasi-délit) ، والقانون (loi)

فالعقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام ، كعقد البيع يتفق بمقتضاه البائع والمشتري على إنشاء التزامات ، منها ما هو في جانب البائع كالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التهرض ، ومنها ما هو في جانب المشتري كالتزام بدفع الثمن .

وشبه العقد هو عمل اختياري مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير ، وقد ينشأ عنه أيضاً التزام مقابل في جانب ذلك الغير (أنظر المادة ١٣٧١ من التقنين المدني الفرنسي) . مثل ذلك الفضولي ، فهو يقوم مختاراً بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك ، فيلتزم بأن يستمر في العمل الذي بدأه وبأن يقدم حساباً عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختياري المشروع الذي قام به . وقد ينشأ عن هذا العمل التزام آخر في جانب رب العمل ، فيلتزم هذا في حالة ما إذا أحسن الفضولي القيام بالعمل الذي أخذه على عاتقه بأن يرد ما أفتقه الفضولي من مصروفات ضرورية ونافعة ، وبأن ينفذ ما عقده لفضولي من التزامات في سبيل القيام بمهمته (أنظر المادة ١٣٧٥ من التقنين المدني الفرنسي) .

والجريمة هي عمل ضار يأتيه فاعله متممداً الإضرار بالغير ، كما إذا أتلف شخص عمداً

مالاً مملوكاً لغيره ، فينشأ عن هذا العمل الضرر التزام في جانب فاعله بأن يعرض عن المال الذى أتلفه .

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية الإضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط ، فيلتزم بتعويض الضرر كما في الجريمة . فإذا قاد شخص سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دهس شخصاً في الطريق ، فإنه يلتزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذى أحدثه .

والقانون قد يكون أخيراً مصدراً للالتزام فينشئه في حالات معينة ، كما في التزامات أفراد الأسرة بعضها لبعض من نفقة ورضاع وحضانة وصاية وقوامة إلى غير ذلك ، وكما في التزامات الجار نحو جاره .

هذه هي مصادر الالتزام ، وتذكر عادة على الترتيب المتقدم . وقد اتفق علماء الفقه الحديث على انتقاد هذا الترتيب ، ولكنهم اختلفوا في الترتيب الذى يجب الأخذ به ، ثم استقرت جمهرتهم على ترتيب معين .

وحتى نستوعب هذه المسألة الهامة نبعث أولاً من أين أتى هذا الترتيب الذى قدمناه ، ثم نبين وجوه النقد فيه ، ونخلص من ذلك إلى الترتيب الحديث لمصادر الالتزام .

§ ١ — من أين أتى الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام

٢٣ — القانون الرومانى : لم يرد هذا الترتيب في القانون الرومانى في عهده المدرسى ، فقد كان هذا القانون يرجع الالتزامات إلى نوعين من المصادر : الجريمة (delicta) وتتحصر في جرائم محددة ، والعقد (contractus) ويشمل على عقود معينة على سبيل الحصر ، ثم إلى مصادر أخرى للالتزامات التى لا تنشأ من الجريمة ولا من العقد ، وهي مصادر مختلفة متفرقة لم يحاول القانون الرومانى ترتيبها ، وأسماعها « الأسباب المختلفة » (variae causarum figurae)

هذا هو ترتيب القانون الرومانى لمصادر الالتزام في عهده المدرسى . ولم يكن فيه شيء .

عن شبه العقد ولا عن شبه الجريمة . ولكن جاييس Gaius ، أحد فقهاء الرومان المعروفين ، رأى أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال غير مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من الجرائم المحلدة المعروفة ، بجماعة أن كلا من النوعين ينشأ من عمل غير مشروع^(١) والذي كان جاييس يعنيه هو اعتبار هذه الالتزامات كأنها تنشأ من جريمة ، لا من حيث مصدرها ، لأنها لا تنشأ من جريمة في الواقع من الأمر ، بل من حيث أثرها ، إذ هي في حكمها كالاتزامات التي تنشأ من الجرائم ، فلا تنتقل إلى ورثة المدين ويصح أن يتجاوز حد الضرر الذي أحدثته العمل . والفرق واضح بين المعنيين ، إذ أن الشبه في المعنى الأول يقع على المصدر ، ويقع في المعنى الثاني على الأثر . وكان جاييس يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بجريمة (quasi ex delicto tenetur) . ورأى جاييس أيضاً أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من العقود المعنية المعروفة^(٢) ، ويقصد المعنى الذي قصد إليه في الأعمال غير المشروعة ، فهي التزامات يلتزم بها المدين كما لو كان يلتزم بعقد ، فليست إذن في مصدرها تنشأ من شبه العقد ، بل هي التزامات كتلك التي تنشأ من العقد من ناحية الأثر . وإلا فالفرق كبير بين العقد وما يسمى بشبه العقد ؛ فالأول توافق لإرادتين ، والثاني لا وجود لهذا التوافق فيه . بل قد لا توجد الإرادة فيه أصلاً . وكان يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بعقد (quasi ex contractu tenetur)

ولم يلبث الفرق الدقيق بين المعنيين أن زاد دقة وغموضاً ، حتى ورد فيما كتبه جاييس نفسه ونقله عنه جستنيان (Justinien) شيء من الخلط بينهما .

على أنه يلاحظ أن كلا من جاييس وجستنيان لم يستعمل لفظي « شبه العقد » و « شبه الجريمة » اللذين استعمالهما بوتييه (Pothier) والقانون الفرنسي من بعده . وقد

(١) فأُلحق بالجرائم المعروفة ، ومنها السرقة والنش والتهديد ، أعمالاً أخرى غير مشروعة ، كإخلال القاضي بواجبات وظيفته ووقوع الشيء من نافذة منزل ، فخصيب النثر بالصرر .

(٢) فأُلحق بالعقود المعروفة ، ومنها البيع والإيجار والقرض والمارية والمتافضة والقصة ، أعمالاً ووثائق أخرى مشروعة كصلب القضوى ودفع غير المستحق وحالة الجوار ومركز التضيق وأسره فيما يترتب على هذه الوثائق من التزامات .

أخذ هذان اللغزان مدلولاً آخر غير الذى كان يعنيه جايس من اللغظين المقابلين لهما فى ترتيبه . وسنبين ذلك فيما يلى :

٢٤ — القانون الفرنسى القديم : أما ترتيب مصادر الالتزام فى القانون الفرنسى القديم فتاريخه محور مستمر للنظرية الرومانية حتى خرجت عن معناها الصحيح . ولم يلبث التعبير الرومانى (*quasi ex delicto*) و (*quasi ex contractu*) أن انقلب فأصبح (*ex quasi delicto*) و (*contractu ex quasi*) . ولكن المعنى فى أول الأمر لم يتغير واقتصر التحوير على اللفظ ، وإن كان « شبه العقد » اتسع نطاقه فأصبح يشمل مسائل أخرى كالقوامة والوراثة .

وفى عهد أصحاب الحواشى (*glossateurs*) صارت مصادر الالتزام العقد وملحق العقد والجريمة وملحق الجريمة ومصادر أخرى متفرقة (*causarum figurae variae*) . فاستبقى « المحشون » للمصادر الأربعة التى عرفت عند جايس وجستيان ، وزادوا عليها هذه المصادر المتفرقة التى جعلوها مستقلة عن ملحق العقد وملحق الجريمة حتى ينسبوا إليها الالتزامات التى لا يمكن إرجاعها إلى مصدر من المصادر الأربعة الأولى كفى دعوى الاسترداد بسبب السرقة (*condictio furtiva*) .

أما المدرسة البارتولية فقد حملها روح التحليل المنطقى التى اشتهرت بها على بحث الأساس الذى بنيت عليه الالتزامات الناشئة من « ملحق العقد » وكان رأى بارتول (*Bartole*) أن ملحق العقد هذا ليس مبنياً على إرادة حقيقية أو مفترضة ، بل هو مبنى على إرادة وهمية خلقها القانون . وهذه هى الخطوة الأولى فى تقريب « ملحق العقد » من العقد وإخراج هذا التعبير الأول عن المعنى الذى قصد اليه الرومان .

ثم تلى ذلك الخطوة الثانية ، وأصبح « ملحق العقد » يتضمن إرادة مفترضة تقربه من العقد الذى يتضمن إرادة حقيقية . وهكذا ابتعدنا عن النظرية الرومانية وانفجرت مسافة الخلف بين النظريتين . فالنظرية الرومانية كانت ترى « ملحق العقد » هو العمل المشروع الذى ليس بعقد ، أى أن الفكرة الأساسية فيه هى أن تنفخ عنه صفة العقد . أما الآن

« فالملحق بالعقد » هو عمل مشروع يقرب من العقد في أن كلا منهما ليس عملاً مشروعاً فحسب ، بل هو أيضاً مبني على إرادة حقيقية في العقد ومفترضة في ملحق العقد . ومن ثم لصقت صفة العقد بملحق العقد ، وأصبح هذا « شبه عقد » .

ثم أتى يوتييه فجعل مصادر الالتزام خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون .

٢٥ — نغني نابلويه : وانتقل الترتيب الذي أتى به يوتييه إلى تقيين نابليون على علته . فجعل هذا القانون مصادر الالتزام خمسة هي : مصادر ذاتها التي قال بها يوتييه .

وسلم كثير من فقهاء القانون المدني الفرنسي في أول الأمر بهذا الترتيب ، ولم يعرضوا له بنقد ، بل جعلوه أساساً لتعليقاتهم وشروحاتهم .

§ ٢ — قد الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام

٢٦ — نقر الأستاذ بلانيول^(١) : يرى الأستاذ بلانيول (Planiol) أن تقسيم العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام إلى جريمة وشبه جريمة ، بحسب وجود نية التعمد أو انعدامها . لا أهمية له ، لا من حيث نشوء الالتزام ولا من حيث ما يترتب عليه من الأثر . فشبه الجريمة ينشئ التزاماً كالجريمة سواء بسواء ، والتعويض يدفع كاملاً في الحالتين .

أما شبه العقد فهو في نظر الأستاذ بلانيول تعبير مضلل . ذلك أن أصحاب الترتيب التقليدي يزعمون أن شبه العقد قريب من العقد في أنه عمل إرادي ، وبعيد عن الجريمة وشبه الجريمة في أنه عمل مشروع . والواقع عكس ذلك تماماً ، فشبه العقد بعيد عن العقد لأنه غير إرادي ، وقريب من الجريمة وشبه الجريمة لأنه غير مشروع .

أما أن شبه العقد عمل غير إرادي ، فيظهر هذا من أن الالتزام الناشئ من شبه العقد

(١) أنظر مقاله في المجلة الاقتصادية (Revue Critique) سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٤ وما بعدها . وآخر أيضاً مختصره في القانون المدني جزء ٢ فقرة ٨٠٦ وما بعدها .

ليس على أية صورة من الصور وليد الإرادة — بله توافق الإرادتين — فهو قد ينشأ رغم إرادة الملتزم ، لذلك لا يشترط توافر الأهلية فيه ، بينما يشترط توافرها في المتماقد لأن التزامه لا ينشأ إلا بإرادته . وإذا كنا في شبه العقد قد نصادف عملاً إرادياً في مبدأ الأمر كما إذا أقام شخص بناء على أرض الغير فينشأ التزام في ذمة صاحب الأرض بأن يرد ما أثرى به على صاحب البناء ، فإن هذا العمل الإرادى ليس هو الذى خلق الالتزام ، وليس من صدرت منه هذه الإرادة هو الملتزم ، بل الملتزم هو الشخص الذى لم تصدر منه أية إرادة ، وهو صاحب الأرض الذى فوجئ بالبناء مقاماً على أرضه .

وأما أن شبه العقد عمل غير مشروع ، فيظهر هذا إذا تعمقنا في تحليل الالتزام الذى ينشأ من شبه العقد . فإننا نقف عادة عند العمل الذى يبدأ به شبه العقد . وهذا العمل مشروع دون شك . فمن يدفع ديناً غير موجود أو يقيم بناء على أرض الغير يقوم بأعمال مشروعة . ولكن هذا العمل المشروع ليس هو الذى ينشأ الالتزام . فإن الملتزم ليس هو الشخص الذى دفع الدين أو أقام البناء ، ومعروف أن سبب الالتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن . فإذا أردنا أن نعرف سبب الالتزام متلبيين إياه متصلاً بشخص المدين ، وجدنا أن هذا السبب في الحالتين للتقتمتين وفي الحالات الأخرى الماثلة يرجع إلى إثراء المدين دون سبب على حساب الدائن ، فوجب عليه أن يرد للدائن ما أثرى به على حسابه ، فالإثراء دون حق هو إذن مصدر الالتزام ، وهو عمل غير مشروع .

ويتبين من ذلك أن شبه العقد ليس بالعمل الإرادى ولا بالعمل المشروع كما يزعمون .

٢٧ — رأى الأستاذ بونبول في ترتيب مصادر الالتزام : ثم يقدم الأستاذ بلانيول أساساً لترتيب آخر ، فيذهب إلى أن للالتزام مصدرين اثنين : العقد والقانون . ويرد شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة جميعاً إلى القانون ، ذلك أن الالتزامات التى تنشأ من هذه المصادر الثلاثة ليست إلا التزامات جزائية قامت بسبب الإخلال بالالتزامات القانونية ففي شبه العقد يثرى شخص على حساب غيره ، فيخل بالالتزام القانونى هو ألا يثرى دون حق على حساب الغير ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانونى التزام جزائى هو رد

ما أترى به . وفي الجريمة وشبه الجريمة يحدث شخص ، بخطئه العمد أو غير العمد ، ضرراً للغير ، فيخل بالتزام قانوني هو ألا يضر الغير بخطئه ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانوني التزام جزائي هو تعويض الضرر الذي أحدثه .

والذي يميز هذه الالتزامات الجزائية هو أنها ليست كالالتزامات القانونية درءاً للضرر قد يقع في المستقبل ، بل هي تعويض عن ضرر قد وقع في الماضي . على أنه يلاحظ أن هذه الالتزامات الجزائية إنما هي في الواقع الالتزامات القانونية ذاتها قد استحال إلى تعويض ، على الوجه الذي نراه في الالتزامات التعاقدية عندما تستحيل هي أيضاً إلى تعويض إذا لم يمكن تنفيذها عيناً . فكل التزام غير تعاقدي يكون التزاماً قانونياً ، إما في صورته الأصلية ، وإما في صورة استحالة فيها إلى تعويض . وهو في الصورة الأولى يراد به درء ضرر قد يقع ، وفي الصورة الثانية يراد به التعويض عن ضرر قد وقع .

٢٨ — تقرير رأي الأستاذ بلانيول في ترتيب مصادر الالتزام : هذا هو الرأي الذي يقدمه الأستاذ بلانيول في ترتيب مصادر الالتزام . وهو رأي خلاف ، بسيط المظهر ، سهل الفهم . ولكن حظه من الابتداع أقل مما يظهر لأول وهلة . فقد سبقه توليه (Toulhier)^(١) إلى قد الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام قدماً جديداً ، وبين في وضوح وجلاء : (أولاً) أن مصادر الالتزام لا تمدو أن تكون الاتفاق أو القانون . (ثانياً) أن الالتزامات التي يكون مصدرها القانون إما أن تستند إلى القانون رأساً وإما أن تنشأ على أثر عمل صادر من الدين أو الدائن . (ثالثاً) أن ما يسميه القانون بشبه العقد إنما يرجع إلى قاعدة عادلة هي عدم مشروعية الإجراء على حساب الغير ، وأن للشرع كألزم من يأتي بعمل غير مشروع تعويض الضرر الذي يحدث من هذا العمل ، ألزم كذلك من يترى

(١) توليه ١١قرة ٢ ، وما بعدها . ولعل توليه هو أول من قد الترتيب الذي أتى به قانون نابليون قدماً جديداً ، وعكس الفاري في كتابته الدقة والتسقق عند مطالعته هذا الموضوع . وقد أنصف بلانيول توليه حين ذكر عنه ما يأتي : « ... إن هاتين الصفتين من كتابه ، وهما صاعدتان عن تفكير قوي وتعبير متين ، لم يفتتا قطر من جاء بعده من الفقهاء . ولا ندرى كيف أن ديغولوب ، وهو الذي استعان كثيراً بكتاب توليه في هذا الموضوع ، لم يخلص منه بفائدة . فإنا إذا لم نقرأ آراء توليه إلا عن طريق ما اقتبس منه ديغولوب لا نغزر أن توليه قد أتى بهذه الآثار القيمة المتبعة » . (بلانيول ٢ ققرة ٨١١ هامش رقم ١) .

بعمل مشروع على حساب غيره أن يرد إلى هذا الغير ما أثرى به على حسابه ، وهذا تقابل منطقي عادل .

ولكن بلانيول كان مبتدعاً عندما أوجد الصلة بين الالتزامات القانونية والالتزامات التي تنشأ من الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد . فهذه الالتزامات الأخيرة كما يقول ما هي إلا الالتزامات القانونية استحال إلى تعويض مالى . وكان مبتدعاً كذلك عندما أرجع كل هذه الالتزامات غير التعاقدية إلى فكرتين أساسيتين : درء خطر قد يقع ، أو التعويض عن ضرر قد وقع .

على أنه بالرغم من روعة ما فى هذا التحليل من جدة وبساطة ، فليس فيه ما يلقى كثيراً من الضوء على ترتيب مصادر الالتزام . إذ نكاد نكون بعد نظرية بلانيول حيث كنا قبلها ، لم نتقدم خطوة كبيرة إلى الأمام . فهي أقرب إلى التعليل منها إلى التحليل ، لأنها توضح علة وجود الالتزامات أكثر مما تبين من مصدر نشوئها .

هذا هو وجه إجمالى موضع الضعف فى نظرية الأستاذ بلانيول . وإذا أردنا نقد تفصيليها أخذنا عليها ما يأتى :

(أولاً) إذا صح أن القانون مصدر لكل الالتزامات غير التعاقدية ، فهو مصدر غير مباشر بالنسبة إلى بعضها ، ومصدر مباشر بالنسبة إلى بعض آخر ^(١) . وكان الأولى أن يبرز العمل كما برز العقد مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام .

(ثانياً) بالغ الأستاذ بلانيول فى تأكيديه بأن شبه العقد عمل غير مشروع ، مع أن القول بأنه عمل مشروع لا يخلو من الوجهة . ذلك أن المثرى على حساب الغير إنما يلتزم بعمل إذا نظرنا إليه فى أصله كان مشروعاً ، وإذا نظرنا إليه فى نتيجته كان غير مشروع . فهو عمل يتسبب عنه إثراء على حساب الغير . فيبقى العمل فى ذاته مشروعاً وإن تسببت عنه نتيجة غير مشروعة .

(١) إذا قلنا إن القانون مصدر مباشر لبعض الالتزامات فإما قصد بذلك أن هذه الالتزامات لا تزال تولد من وقائع قانونية ، شأنها فى ذلك شأن الالتزامات التى تولد من العقد ومن العمل غير المشروع ومن الإثراء بلا سبب ، ولكنها لا تولد عن هذه الوقائع إلا فى حالات خاصة ينص عليها القانون بطريق مباشر .

على أنه من الإنصاف أن يقال إن لبلانيول فضلاً كبيراً في توجيه نظر الفقهاء إلى عيوب الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام . وقد أجمع الفقهاء ، على أثر الحملة التي قام بها ، على نقد هذا الترتيب . وما لبثوا أن هجروه إلى ترتيب حديث ، فنقل الآن إليه .

§ ٣ — الترتيب الحديث لمصادر الالتزام

٢٩ — **التقنين المرفى الصريم** : نص التقنين المدينى القديم فى المادة ١٤٧/٩٣ على أن « التمهيدات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون » . وهذا الترتيب خير بكثير من الترتيب الذى أتى به التقنين المدينى الفرنسى . فقد تجنب أكثر وجوه النقد التى توجه إلى الترتيب الأخير ، فلم يفرق بين الجريمة وشبه الجريمة ، ولم يحمل ما يسمى « بشبه المقد » مصدرأ للالتزام ، بل جمع المصادر التى وزعها القانون الفرنسى بين شبه النقد والجريمة وشبه الجريمة فى مصدر واحد وأسماء « فعلا » (Fait) ، وأبقى النقد والقانون مصدرين مستقلين .

وكل ما يمكن أن يوجه للتقنين المصرى القديم من النقد أنه لم يبين ما ينطوى تحت كلمة « الفعل » من معان . فالفعل إما أن يكون من شأنه أن يفقر الدائن دون حق ، وهذا هو العمل غير المشروع . وإما أن يكون من شأنه أن يفتى المدين دون سبب ، وهذا هو الإثراء بلا سبب . وهكذا ينكشف عن « الفعل » مصدران لا مصدر واحد ، كان فصل أحدهما عن الآخر أجلى بياناً وأوسع إحاطة .

٣٠ — **التقنينات الحديثة والفقه الحديث** : وإذا رجعنا إلى التقنينات الحديثة ، كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى والمشروع الفرنسى الإيطالى والتقنين الإيطالى الجديد ، وأردنا أن نستخلص منها ما توخته من ترتيب لمصادر الالتزام ، أمكن أن يقال فى شئ من التعميم إن المصادر التى أقرتها هذه التقنينات خمسة : المقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

ويشترك هذا الترتيب الحديث مع الترتيب القديم فى مصدرين هما المقد والقانون . أما الجريمة وشبه الجريمة فيجتمعان فى « العمل غير المشروع » . وشبه المقد فى الترتيب

القديم يقابله الإجراء بلا سبب . ويزيد الترتيب الحديث الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام .
وهذا الترتيب هو الذى أخذ به أكثر الفقهاء فى الفقه الحديث^(١) .

٣١ — التقنين المدنى الجبرمى : ويلاحظ أن التقنينات الحديثة لاتتورد فى نص خاص
مصادر الالتزام مرتبة هذا الترتيب الخامس الذى تقدم ذكره ، بل إن هذا الترتيب
يستخلص من التبويب الذى اتخذته هذه التقنينات . وعلى هذا النحو جرى التقنين المدنى
الجديد ، فلم يورد نصاً خاصاً يقر فيه أى ترتيب معين ، بل اقتصر على عرض مصادر
الالتزام المختلفة فى فصول متعاقبة ، مرتبة على النحو المتقدم ، وقد ورد فى هذا الصدد فى
للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى :

« والواقع أن أحدث التقنينات ، ولا سيما ما كان منها جرمانى النزعة . لا يورد فى
النصوص تقسيماً للمصادر . بل إن المشروع الفرنسى الإيطالى ذاته ، على شدة تأثره بالنزعة
اللاتينية ، انتهى إلى الإعراض عن كل تقسيم قهوى ، ونهى على التقسيم الذى اتبعه التقنين
الفرنسى قصوره وفساده ومجانبته للمقول . وقد برز واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى

(١) وينهب الدكتور حلمى بهجت بدوى (أنظر كتابه فى أصول الالتزامات ص ٣٦ — ص ٤٠) إلى
أنه لا يوجد إلا مصدران للالتزام : الإرادة والقانون . ولكنه يختلف اختلافاً جوهرياً عن الفاتلين
بالترتيب الثانى . فمنده أن الالتزام القدى يتصل إلى التزامين مستقلين لكل منهما مصدر خاص : الدين
ومصدره الإرادة ، وإلجبار الدين على الوفاء ومصدره القانون . وهذا الالتزام الثانى هو المسئولية العقدية .
وهو ينهب إلى أن المسئولية العقدية ، كغيرها من أحوال المسئولية الأخرى ، مصدرها القانون . فالقانون
يقضى بالمسئولية إذا أخل المتعهد بالوفاء بعهده ، وإذا أضر الإنسان بغيره ، وإذا أضر على حساب غيره ،
وإذا تدخل فى شؤون غيره ...

ولاعطيل القول فى قد هذا التقسيم فإن المؤلف نفسه لم يلتزمه . ونجتهى بالإشارة إلى أن عيه الجوهري
فى رأينا هو أن المؤلف ينهب إلى أن مصدر المسئولية العقدية يختلف عن مصدر الدين القدى . والصحيح
أن المسئولية العقدية والدين القدى لهما مصدر واحد هو الإرادة . ذلك أن الدين فى العقد إنما أراد أن
يرتب فى ذمته ديناً وأراد أيضاً أن يكون لوائته حق لإلجابه على الوفاء بهذا الدين ، والقانون يأتى بعد ذلك
بقر هذه الإرادة فى شقيها ، شق الديونية وشق المسئولية . فلا عمل مطلقاً لتنميز ما بين الديونية والمسئولية
من حيث المصدر . وقد رأينا فيما تقدم أن الألمان يميزون ما بين الديونية والمسئولية فى الالتزام القدى
ولسكهم لا يميزون أحدهما يختلف فى مصدره عن الآخر . فلا يمكن الاستناد إذن إلى النظرية الألمانية للدفاع
عن هذا التقسيم .

إعراضهم عن كل تقسيم ونبذهم للأحكام الحالية الواردة في المادة ١٣٧٠ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٠٩٧ من التقنين المدني الإيطالي بأن التقسيم الذى اتبعه هذان النصان أليق بأغراض التعليم منه بأغراض النصوص التشريعية . واستطرد التقرير الخالص بالمشروع المتقدم ذكره قائلاً : « والخلاصة أن الفقه بوسمه أن يجرى على التقسيم التقليدى أو أن يحل محله تقسيماً أكثر اتفاقاً مع المقول ، والنتيجة أن إسقاط التقسيم من المشروع قد أزال من النصوص عقبة تحول دون حرية اجتهد الفقه فى الإبداع والتصور » . وقد روى من الأنسب اقتضاء أثر المشروع الفرنسي الإيطالي وتقنينات حديثة أخرى ، فلم يقتصر الأمر على الإعراض عن التقسيم البالى الذى اتبعه التقنين الفرنسي العتيق ، بل جاوز ذلك إلى المدول عن إقرار أى تقسيم رسمى فى النصوص . وعلى هذا النحو قنع المشروع بعرض مصادر الالتزام المختلفة دون أن يجهد فى ردها إلى أقسام جامعة شاملة فى نص خاص . فعمد نسجاً على منوال أحدث التقنينات ، إلى البدء بأحكام المقد والإرادة المنفردة^(١) ، ثم تناول العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، وانتهى بالالتزامات التى تنشأ مباشرة من نص القانون^(٢) .

٣٣ — أساس علمى لترتيب مصادر الالتزام ومصادر الحقوق بوجه عام :
تبين مما تقدم أن التقنينات الحديثة جعلت مصادر الالتزام خمسة : المقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .
وهذا الترتيب تطلب فيه الناحية العملية ، وينقصه الأساس العلمى الذى يرتكز عليه .
فلا يكفى أن نقول إن هذه هى مصادر الالتزام ، بل يجب إرجاع هذه المصادر إلى أصول علمية منطقية .

(١) وسرى أن الإرادة المنفردة ، إذا كان المشروع التهيدى قد اعتبرها مصدراً عاماً للالتزام كما عتد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، لإلتهاق المشروع التهاى ، ثم فى التقنين الجديد ، لم تصب مصدراً للالتزام إلا فى حالات خاصة بينها نص فى القانون . ومن ثم أصبحت الالتزامات التى مصدرها الإرادة المنفردة فى التقنين الجديد إنما هى الترامات أنشأها القانون بطريق مباشر يحتضى نصوص خاصة ، وقد عالجناها ضمن الالتزامات التى تنشأ من القانون .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢ هامش رقم ١ .

ونحن إذا أردنا أن نرجع مصادر الالتزام إلى ترتيب منطقي ، وضمنا أن المراد بالمصدر هو السبب القانوني الذي ينشئ الالتزام ، وجدنا عند التأمل أن الأسباب القانونية التي تنشئ الالتزامات ليست مقصورة على هذه الثائرة — دائرة الحقوق الشخصية — بل هي تتناول أيضاً الحقوق المصينة ، بل تجاوز قانون الأموال إلى قانون الأسرة ، بل هي تملق في سماء القانون ، وتنشئ كل العلاقات القانونية أو تؤثر فيها ، سواء كانت هذه العلاقات ترجع إلى القانون الخاص أو إلى القانون العام .

ومن الواضح أن السبب الذي ينشئ علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يحدث تدريجاً في العلاقات القانونية الموجودة . ولو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران ، وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون ، أمكن أن نقول إن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغير في الوقت الذي تجدد فيه كل حركة . فإذا حدث بعد ذلك أية حركة ، فقد يكون من شأنها أن تملق في هذه العلاقات . هذه الحركة التي وقعت نسيمها « بالواقعة » . فإذا كان من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً سميت « بالواقعة القانونية » (fait juridique) . وهي إما أن تكون راجعة لإرادة الإنسان ، وإما ألا ترجع لهذه الإرادة . فهبوب العواصف ، وانفجار البراكين ، ودوران الأرض ، كل هذه وقائع لا ترجع لإرادة الإنسان ؛ بل هي من عمل الطبيعة . وقد تؤثر في العلاقات القانونية الموجودة : هبوب العواصف أو انفجار البراكين قد يكون قوة قاهرة تعفي المدين من التزامه . ودوران الأرض حول نفسها يمين ساعات تنفيذ الالتزام في عقد العمل . ودورانها حول الشمس يحصى عدد السنين اللازمة للملك بالتقادم .

والوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية ، قد يريد صاحبها أن يحدث بها أثراً في الروابط القانونية للوجود أو لا يريد ذلك . فهو يأكل ويمشي ويتحدث ويمشعر الناس ويحاملهم ، وهو لا يريد عادة من وراء هذا أن يؤثر في علاقاته القانونية . ولكن هذه العلاقات قد تتأثر دون أن تنجم إرادته إلى شيء من ذلك . فإذا أكل شيئاً لا يملكه أصبح مسئولاً عن تمييزه للمالك . وإذا مشى دون حيلة قاتل شيئاً وجب

عليه أن يعرض عما ألتف . وإذا تحدث فذكر مثالب الغير فقد يكون هذا سبباً أو قذفاً بجملة مسنولاً . وإذا جامل الغير فقام ببعض شؤونهم فقد يحد نفسه ملزماً بإتمام ما بدأ به ويكون دائماً لهذا الغير بمقدار ما كلفه العمل . ويلاحظ أنه في الوقائع المقدمة قد قام الشخص بأعمال مادية اختيارية ، أراد النتائج التي تترتب عليها في بعض الفروض . ولكنه في أكثر الفروض لم يرد شيئاً من هذه النتائج .

وهناك من الوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان ما ليس بأعمال مادية ، بل هي أعمال إرادية . ونريد بالعمل الإرادى هنا عمل الإرادة المحضة تتجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة . مثل هذه الوقائع تسمى أعمالاً قانونية (actes juridiques) تميزاً لها عن الأعمال للمادية . ومنها ما يرجع لإرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف والوعد بمجانزة (الجمالة) ويسمى بالعمل القانونى الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) ، ومنها ما يرجع لإرادته مقرونة بإرادة طرف آخر ، وهذا هو المقعد (acte juridique bilatéral, contrat) .

من ذلك نرى أن الوقائع هي مصادر الروابط القانونية . والوقائع إما أن تكون طبيعية (faits naturels) أو اختيارية (faits volontaires) . والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية (actes matériels) أو أعمالاً قانونية (actes juridiques) . والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد (actes unilatéraux) أو صادرة من الجانبين (actes bilatéraux, contrats) والقانون من وراء كل ذلك محيط ، فهو الذى يحدد الآثار القانونية التي تترتب على الوقائع والأعمال جميعاً .

ويلاحظ في هذا الترتيب أننا تدرجنا من الأعم إلى الأخص . فالوقائع القانونية تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الاختيارية ، والوقائع الاختيارية تشمل الأعمال للمادية والأعمال القانونية . والأعمال القانونية تشمل الأعمال الصادرة من جانب واحد والأعمال الصادرة من الجانبين .

٣٣ — تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق العينية : المعروف أن أسباب كسب الحقوق العينية سبعة : الاستيلاء والميراث والوصية والاتصاق والعقد والشفعة والحيازة .

فإذا رتبنا هذه الأسباب على النحو الذى قدمناه كان منها الوقائع الطبيعية ، وهى الميراث وأسباب الأخذ بالشفعة والتقدم . ومنها الأعمال للمادية ، وهى الاستيلاء والاتصاق والحيازة . ومنها الأعمال القانونية ، بعضها عمل صادر من جانب واحد وهى الوصية وإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة : وبعض آخر عمل صادر من الجانبين ، وهو العقد ^(١) .

(١) وهذا الترتيب الذى توخينا تظهير فيه ميزتان متصلتان بأسباب كسب الحقوق العينية : (الأولى) أنه يفسر بعض المسائل العامة . فكثيراً ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عيني أو مسمى غير ذلك ؟ كما يناقشون فى طبيعة الحيازة وهل هى حق عيني ؟ ونحن لا تردد فى الإجابة على هذه المسائل بما قدمناه . فلا الشفعة ولا الحيازة بحق عيني أو حق شخصي ، بل هما واقتتان قانونيتان تسخران فى أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر للحقوق . ولا يصح أن يقال عن أى منهما إنه حق عيني أو حق شخصي بالقدر الذى لا يصح أن يقال به إن العقد ، وهو أيضاً مصدر للحقوق ، حق عيني أو حق شخصي . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقاً أنه لا يجوز لدائى الشفيع أن يستعملوا الشفعة باسم مدينهم .

والذى ضل الناس فى أمر الشفعة هو أنها تحمى الشفيع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها فى منزلة من له الحق فى أن يملكها . وهذه منزلة وسط بين مجرد الرخصة فى التملك ، حيث يكون الشخص أجنبياً عن الشيء ، وحق الملكية الكامل ، حيث يكون للشخص حق عيني فى الشيء . وظاهر ذلك شخص صدر له لإيجاب البيع ، فهو أيضاً فى منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة فى الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشتري الذى أصبح مالكا عند تمام البيع . وقد نبه فقهاء المصلحة الإسلامية على هذه المنزلة الوسطى . ووصفوها بأنها حق الشخص فى أن يملك ، أو كما يقول القرافي فى الفروق : « من اضطر له سبب المطالبة بالملك » وقرر فى هذا بين « من ملك أن يملك » (الفروق للقرافى المطبوعة التونسية سنة ١٣٠٢ الجزء الثالث ص ٢٨ — ص ٣١ — النظرية العامة للالتزامات فى المصلحة الإسلامية للدكتور شفيق شحاتة فقرة ٣٢٢ ص ٢٦٥ وما بعدها) .

والثالثون باقتال الشفعة إلى الورثة ينون بذلك أن الحق فى التملك بسبب الشفعة — وهو كما قلنا منزلة وسطى بين مجرد الرخصة والحق الكامل — ينتقل بالميراث ، وظاهر ذلك أن ينتقل حق من وجه إليه الإيجاب إلى ورثته بعد موته فيقبلون بدلا منه ، وسنرى أن هذا الحق لا ينتقل إلى الورثة وأن الإيجاب يسقط بموت من وجه إليه هذا الإيجاب .

(الثانية) أن هذا الترتيب يزيل لبساً نشأ من عدم الدقة فى تعريف العمل المادى والعمل القانوني . فقد جرى الفقهاء على أن تعريف العمل المادى بأنه واقعة اختيارية لا يقصد منها صاحبها النتيجة القانونية التى ترتب عليها ، أما العمل القانوني فواقعة اختيارية يقصد بتجسيها القانونية . فإذا سلمنا بهذا التعريف سواء لنا أن إذن نضع الاستيلاء والحيازة ؟ نضعهما طبقاً لتعريف التضمين فى الأعمال القانونية لأن القام بهما =

٣٤ — تطبيق الترتيب على مصادر الالتزام : ونطبق هذا الترتيب الملى على مصادر الالتزام . فالوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة يرتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعى . لذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة فيكون هو مصدرها .

والأعمال المادية قسمان : القسم الأول أعمال غير مشروعة تصدر من المدين فتفقر الدائن دون حق فيلتزم المدين بالتعويض ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل للمدى الضار . والقسم الثانى أعمال مشروعة تغنى المدين على حساب الدائن فيلتزم المدين أن يرد ما اغتنى به ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل للمدى النافع .

== يقصد ما يرتب عليها من النتائج . ولكن القول بهذا يخالف القول ، فن غير الممكن التمسك بأن الاستيلاء والحيازة من الأعمال القانونية ، لذلك يخرجها من القضاء من دائرة هذه الأعمال بضميلات مشكوك في وجاهتها (أنظر ديموج ١ ص ١٢ — ٢٦) . ولا شك في أن الاستيلاء والحيازة أعمال مادية . لذلك وجب أن يصح تعريف العمل المادى والعمل القانونى . فالأول هو عمل مادى يقع من الإنسان باختياره . سواء أراد النتيجة القانونية التى ترتب عليه أو لم يرد . فالعمل الضار هو عمل مادى اختيارى لا يريد صاحبه ما يرتب عليه من النتائج القانونية ، والاستيلاء عمل مادى اختيارى يريد صاحبه هذه النتائج ، والاتصاف والفضالة من الأعمال المادية الاختيارية التى قد يريد صاحبها نتائجها القانونية وقد لا يريد . أما العمل القانونى فليس بعمل مادى ، بل هو إرادة محضة تنجبه لإحداث نتيجة قانونية معينة . فالذى يميز إذن بين العمل المادى والعمل القانونى ليس هو كما يظن الكثيرون أن الأول لا تنصده نتيجة القانونية ، والثانى تنصده منه هذه النتيجة ، ولكن الميز بين المادى هو أن الأول مادى والثانى غير مادى أو هو مجرد إرادة تنجبه لإحداث أثر قانونى .

على أنه يمكن تمييز طائفة ثالثة من الوقائع القانونية تصح تسميتها بالوقائع المركبة والوقائع المختلطة . فإذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل قانونى ، كانت مركبة (complexe) . مثل ذلك الشقة التى فيها يسكن البين المشفوعة مع الشيوع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، بإعلان الشفيع ورغبته فى الأخذ بالشقة ، وهذا عمل قانونى . أما إذا كانت الواقعة القانونية شيئاً واحداً ولكن اختلط فيه العنصر المادى بعنصر الإرادة ، كانت الواقعة مختلطة (mixte) . مثل ذلك الاستيلاء اختلطت فيه الحيازة المادية ، وهو عنصر مادى ، بإرادة المتولى فى أن يملك فى الحال ، وهو عنصر لإرادى ، ولكن العنصر المادى هنا هو المذهب . ومثل ذلك أيضاً الوفاء اختلط فيه تسليم الشيء الواجب الأداء ، وهو عنصر مادى ، بالاتفاق على اقتضاء الدين ، وهو عنصر لإرادى ، ولكن العنصر الإرادى هنا هو المذهب .

والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من الجانبين وهذا هو القصد ، أو صادرة من جانب واحد وهذه هي الإرادة المنفردة .

ومن ذلك نرى أن القصد والإرادة المنفردة تتضمنها الأعمال القانونية . وهذه يقابلها الأعمال المادية ويدخل فيها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . وكل من الأعمال القانونية والأعمال المادية وقائع اختيارية تقابلها الوقائع الطبيعية ، وهذه هي التي تنسب للقانون .

الباب الأول

العقد

LE CONTRAT

تعريف

٣٥ — مسائل نموذجية : نعهد للكلام في العقد بـكلمات ثلاث : إحداها في تعريف العقد ، والثانية في مبدأ سلطان الإرادة ، والثالثة في تقسيم العقود .

§ ١ — تعريف العقد

٣٦ — اوتفاق والعقد : يميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد .

فالاتفاق (convention) هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو قله أو تعديله أو إنهائه . فالاتفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع ، ينشئ التزامات في جانب كل من البائع والمشتري . والاتفاق على قله التزام مثله الحوالة ، تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر . والاتفاق على تعديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو إضافة شرط له . والاتفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينتهي به الدين .

والعقد (contrat) أخص من الاتفاق ، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على قله . ومن ذلك بتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً . أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً لالتزام أو ناقلاً له . فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد .

وقد نقل التقنين المدني الفرنسي هذا التفريق بين العقد والاتفاق عن بوتيه ودوما ، إذ عرف العقد في المادة ١١٠١ بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله . فالعقد إذن بمقتضى هذا التعريف اتفاق ينشئ التزاماً ، فهو نوع (espèce) والاتفاق جنس (genre) له . ويلاحظ أن التعريف الذي أورده التقنين الفرنسي يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٧ — **روا أهمية التمييز بين الوفاق والعقد** : ولا نرى أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد . ويتفق في هذا مع أكثر الفقهاء . وإذا كان الفقهاء الذين يقولون بالتمييز يرون أهمية له من حيث الأهلية ، فهي تختلف في العقد عنها في الاتفاق ، فإنه يلاحظ على هذا الرأي أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها ، فهي في عقود التبرع مثلاً غيرها في عقود المعاوضة ، ومع ذلك لم يقل أحد إن هناك فرقاً ما بين الهبة والبيع من حيث أن كلا منهما عقد لجرد أن الأهلية تختلف في أحدهما عنها في الآخر .

وكان المشروع التمهيدي يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . فنصت المادة ١٢٢ من هذا المشروع على أن « العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تصديها أو إنهاؤها » . وهذا هو تعريف المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة الأولى منه . وقد قصد من إيراد هذا التعريف في المشروع نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية^(١) . وإذا كان هذا التعريف قد حذف في المشروع النهائي فإن هذا الحذف لا يعنى عدولاً عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان الحذف مجارة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية^(٢) .

لذلك نرى أن يعرف العقد بأنه توافق لإرادتين على إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نفيه أو تعديله أو إنهاؤه .

٣٨ — **وجوب الوفاق على إصدار أثر قانوني** : وللمهم في العقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني . فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانوني المقصود من هذه الكلمة . ويتبين ذلك من الظروف والملازمات .

فقد يدعو شخص آخر إلى ولية ، في نطاق الجملات الاجتماعية ، فيقبل للدعو ، ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشئا التزاماً قانونياً فيما بينهما . فإذا تخلف للدعو

(١) مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ١٠ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ١١ في الهامش و ص ٩ في الهامش .

أو عدل الداعي لم تترتب على ذلك مسئولية في جانب من أحل منها بوعده . ولكن قد يكون تقديم الطعام التزاماً قانونياً إذا قصد للتعاقدان ذلك . ويتبين قصدهما من الظروف . فإذا اتفقت شركة مع مستخدم عندها على أن تقدم له الغذاء أثناء عمله في جهة نائية ، أو تعهد صاحب الفندق أن يقدم الطعام للنزيل ، فهذا التمهيد ذو أثر قانوني وهو ملزم للمتعهد . وقد يتبرع صديق لصديق بتقديم خدمة مجانية دون أن يقصد الالتزام قانوناً بتقديم هذه الخدمة . فإذا وعد مزارع جاره أن يقدم له للمعونة دون مقابل في حصاد زرع ، أو تقدم طبيب لمعالجة صديق له دون أجر ، أو عرض شخص على صديقه أن يستصحبه في سيارته فلا تنطوي هذه الاتفاقات على معنى الإلزام . وإنما يكون الإلزام إذا قصد إليه الطرفان . فالطبيب الذي تعهد أن يعالج فقيراً دون أجر يلتزم قانوناً بذلك .

وقد تقوم اتفاقات بين أعضاء الأسرة لا يقصد بها عقد التزامات قانونية . فالولد الذي يعمل مع أبيه في صناعته ، والزوجة التي تعين زوجها في تجارته ، والأب الذي يمد ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان ، لا يقصد أى منهم أن يرتبط ارتباطاً ملزماً . ولكن إذا قام هذا القصد ترتب على قيامه الارتباط القانوني . فقد يعمل الولد أجيراً عند أبيه ، وقد تشارك الزوجة زوجها في تجارته ، وقد يمد شخص بجائزة من يقدم خير تصميم لمبنى يريد إقامته فيفوز ابنه للمهندس بالجائزة .

٣٩ — تحرير منطقة القمر : وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً . بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية .

فالماهدة اتفاق بين دولة ودولة ، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه ، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والوظف . ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً إذ هي تقع في نطاق القانون العام : الدولي والدستوري والإداري .

والزواج اتفاق بين الزوجين ، والتبني في الشرائع التي تميزه اتفاق بين الوالد للتبني والولد للتبني ولكن يحذر ألا تدعى هذه الاتفاقات عقوداً وإن وقعت في نطاق القانون الخاص ، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية .

فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد . تستوى في ذلك العقود التي يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة وتلك التي بذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر ، والعقود التي توفق ما بين مصالح متعارضة وتلك التي تجمع ما بين مصالح متوافقة ، والعقود الذاتية (actes subjectifs) وتلك التي تنظم أوضاعاً مستقرة (actes-règle, actes-condition) . وكان بعض فقهاء القانون العام يريدون إخراج عقود الإذعان (contrats d'adhésion) والعقود التي تجمع ما بين المصالح المتوافقة كمقد الشركة ، والعقود التي تنظم أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية (contrats collectifs) ، من منطقة العقد . ولكن هذا الرأي لم يسد في القانون المدني .

٥ ع — المذهبان الشخصي والمادى في العقد : سبق أن أشرنا إلى مذهبين في الالتزام ، أحدهما شخصي ينظر إلى الالتزام كرابطة شخصية ، والآخر مادى ينظر إليه كقيمة مالية . هذان المذهبان نراهما أيضاً في العقد . فالمذهب الشخصي يرى العقد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية . والمذهب المادى يراه وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة للمادية .

والقوانين اللاتينية ، هنا أيضاً ، هي التي تنهب مذهباً شخصياً في العقد ، وتأخذ بنظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) ، وعندها أن العبرة بإرادة المتعاقدين التي يكتنفها في الضمير ، وما التعبير المادى عن هذه الإرادة إلا مجرد دليل يكشف عنها . فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ به ، وإلا فالعبرة بالمقاصد والمآلى لا بالألفاظ والمباني . أما القوانين الجرمانية فتأخذ في كثير من الأحوال بالإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration de volonté) ، وتقف عند التعبير عن الإرادة ، ولا شأن لها بالإرادة الحقيقية . فالتعبير للمادى عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها ، بل هو الإرادة ذاتها : الإرادة في ثوبها الاجتماعى حيث يمكن التعرف عليها . وهذا المظهر المادى هو المظهر الذى يجب الوقوف عنده ، ما دام العقد ينشئ روابط اجتماعية . ولا عبرة بالإرادة التي تنطوي عليها النفس ، فهي من الظواهر النفسية ، لا يعبأ القانون بها وهو ينظم الروابط الاجتماعية . وسنعود إلى هذا الموضوع ببيان أوفى فيما على .

§ ٢ — مبدأ سلطان الإرادة

(Autonomie de la Volonté)

٤١ — عرصه عام للمعبراً : يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين المقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية .

وعندم أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد . فهو الغاية ، ولخدمته يسخر المجموع . والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة . وكما أن رجال الفلسفة يحملون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية ، فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية . ولما كان الفرد يعيش في المجتمع ، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته ، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة . فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً . وكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشى مع القانون الطبيعي ، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها . فالإرادة الحرة هي إذن مبدأ القانون ، والغاية التي ينتهي إليها . وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا بتحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين . هذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يعنى به . وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق ، ولا عليه أن يرى إلى أي حد يتفق صالح المجموع مع صالح الفرد ، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون .

هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر في القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردي على أثر تطور النظم الاقتصادية . ولكن استمرار هذه النظم في التطور ، وظهور الصناعات الكبيرة ، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ، مهد للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار ، فقامت هذه المذاهب معارضة للمذاهب الفردية ، وكان من ذلك أن ابتكمت

مبدأ سلطان الإرادة ، وجعل خصومه يعمنون في قلبه ، حتى قام أخيراً فريق من المعتدلين يضمون الأمور في حلودها المقولة .

فتحن تتبع في بحثنا هذه المراحل الأربع ، فنرى كيف نشأ هذا المذهب ، وما بلغ إليه من اللدى عند بلوغه ذروته ، وكيف رجع القهقري بعد ذلك ، ثم كيف وضع الأمر في نصابه للمقول . ولا نزعم بذكر هذه المراحل أنها تحققت عملاً في التاريخ ، وإلا فإن سلطان الإرادة الكامل لم يتحقق في أية مرحلة منها على النحو الذى يصفه أنصار المبدأ للتطرفون . وإنما نفى أن هناك تطوراً في منحنى التفكير الاجتماعى قسمه إلى مراحل توخياً للإيضاح في بسط هذه الآراء . ونحن في ذلك لا تؤرخ وقائع اجتماعية ، بل تتبع تطور نظريات ومذاهب .

٤٢ — كيف نشأ مذهب سلطان الإرادة : لم يعترف القانون الرومانى في أى عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملاً . بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة . أما مجرد توافق إرادتين (nudum pactum) فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً . فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال الرسومة ، ويكون التزامه صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقى الذى من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للأداب . فالمقد الشكلى كان عقداً مجرداً صحيحته تستمد من شكله لا من موضوعه . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت وتعمقت سبل الحياة . فكان من ذلك توزيع العمل ، والحاجة إلى كثرة التبادل ، ووجوب السرعة في المعاملات . واقترن هذا كله بتقديم في التفكير القانونى أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانونى . ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاقى موجوداً بمجرد توافق الإرادتين ، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً (causa civilis) للالتزام قد توجد أسباب غيره . ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود المينية والعقود الرضائية والعقود غير للسماة . وابتصر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية . وابتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البر يطورية

(pactes légitimes) والمعقود الشرعية (pactes prétoiriens) . ولكن القانون الرومانى لم يقرر فى أية مرحلة من مراحله مبدأ سلطان الإرادة فى المعقود بوجه عام . بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هى التى تخلق العقد بقدر اختلاف قوة وضعفاً بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات . وبقى العقد اللفظى (contrat verbal) إلى آخر عهود القانون الرومانى هو القالب الذى يصبون فيه ما تبدل الحاجة إليه من الإضافات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة .

أما فى المصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجاً . وقد استمرت الشكلية فى أوضاعها السابقة الذكر إلى نهاية القرن الثانى عشر . ثم أخذت تتحور ، وكانت متجهة إلى التناقص . وأخذت الإرادة يقوى أثرها فى تكوين العقد شيئاً فشيئاً . وساعد على هذا التطور عوامل أربعة :

١ — تأثير المبادئ العربية وقانونه الكنسية : فكان للتعاقد إذا أقسم على احترام عقده ، ولو لم يفرغه فى شكل مخصوص ، عد الحنث باليمين خطيئة يعاقب عليها . بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية . وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام للدنى حتى أصبح مجرد الاتفاق يحوز تنفيذه بدعوى (actio ex nudo pacto) أمام المحاكم الكنسية .

٢ — إحياء القانون الرومانى والتأثير به : ونحن نعلم أن القانون الرومانى كان قد وصل فى تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقوده الملزمة . وتوسعوا فى تفسير تلك الروح ، وفهموا خطأ أن القانون الرومانى يقرر مبدأ سلطان الإرادة . فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ . وأصبحت القاعدة فى القانون الفرنسى القديم هى ما كان استثناء فى القانون الرومانى .

٣ — العوامل الاقتصادية : بعد أن زاد النشاط التجارى وقويت حركة التعامل اقتضى الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال . فكانت المحاكم

التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تقضى طبقاً لقواعد العدالة . والعدالة لا تميز بين العقد الشكلي وبمجرد الاتفاق من حيث الإلزام .

٤ — العوامل السياسية : وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة ، وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية بين الأفراد ، والأخذ في حماية العقود التي تم بمجرد الاتفاق . وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة ، وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً في الفطرية والسذاجة .

وما جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقررأ . وما كاد أثر الدين يضعف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية ، وكلها مشبعة بروح الفردية ، وقد بلغت أوجها في القرن الثامن عشر ، وهي تشيد بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية . وقد قام الفيزيوقراطيون (physiocrates) ينادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً ، ويذهبون إلى أنه لو تركت الناس أحراراً في نشاطهم الاقتصادي وفتحت أبواب المنافسة بينهم ، فلا تلبث الأمور أن تستقر ، وتتحدد الأسعار من طريق المنافسة والعرض والطلب ، لا من طريق تحكمى يمليه المشرع . ومعنى هذا أن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي ، وأن العقود لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين . وصحب هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية حمل لواءها روسو (Rousseau) في كتابه المعروف بالعقد الإجتماعي (cantrat social) ، فكانت حرية الفرد واستقلال إرادته هي المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك العصر . وقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها ، وسلمتها إلى المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر ، فوضع تقنين نابليون على أساس تدريس حرية الفرد والإيمان في احترام لإرادته .

٤٣ — مرى ما وصل اليه مبدأ سلطانه الإرادة : استقر هذا المبدأ وصار دعامة تبني عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمشى فيه المنطق القانوني أصبح يشتمل على

أصلين : (أولاً) كل الالتزامات ، بل كل النظم القانونية ، ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة . (ثانياً) لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات ، بل هي أيضاً للرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار .

فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام . وهذه الإرادة تتجلى قوية في المقد . فالتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما . ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه ، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه . أما نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة في تقنين نابليون ، ولم يحصل التوسع فيها إلا في العهد الأخير . فالفقد إذن يرتكز على الإرادة ، بل هو يتمحض لإرادة خالصة إذا قلنا إن إرادة المدين وحدها هي التي تلزمه . وسنرى ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة . وشبه العقد مبنى على إرادة مفروضة . والجريمة وشبه الجريمة مردهما إلى الإرادة الحرة . والقانون نفسه إذا رتب التزامات فإنما هو يفترض في ترتيبها أن الملتزم ارتضاها في ذمته التزاماً .

وليس سلطان الإرادة مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها ، بل أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى . فالملكية مبنية على حرية الإرادة ، بل هي الحرية في مظهرها للموس المادى . وحقوق الأسرة مبنية على عقد نكاح أى على الإرادة . والوراثة مبنية على وصية مفروضة . وطرق التنفيذ الإجبارى ذاتها ترتكز على الإرادة الحرة ، فهي طرق وإن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة . بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا في الإرادة ، فالجرم الذى خرج على المجتمع قد ارتضى مقدماً أن يناله الجزاء . ذلك لأن القانون ما هو إلا وليد الإرادة ارتضاه الناس بأنفسهم أو بتمثيلهم واختاروا الخضوع لسلطانه ، والمجتمع البشرى ذاته ، أليست دعامة هذا العقد الاجتماعى الذى نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين !

وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة ، كذلك الأثر الذى يترتب على الالتزام ، فهو خاضع للإرادة أيضاً . ولهذا الأصل ناحيتان :

الناحية الأولى أن كل ما ارتضاه الملتزم ديناً في ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره لأن

التزامه إنما بنى على إرادته . فلا يصح أن تقيد من أثر العقد بدعوى أن هناك غبنًا لحق أحد المتعاقدين ما دام قد ارتضى هذا التبن . والعامل الذى يتعاقد مع رب العمل حرًا مختارًا يجب عليه أن ينفذ ما التزم به ، ولا يحتج بأن الشروط التى ارتضاها جائرة . وليس المهم فى العقد أن يكون هناك تعادل بين الشئتين المتبادلين ، بل يكفي أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة . والأصل فى الإنسان الحرية واستقلال الإرادة ، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا فى حدود رسمها القانون كأن يكون المتعاقد قاصرًا فى السن أو فى العقل ، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش . أما فى غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل فى إرادته ، فإذا التزم بشيء كان العدل أن يقوم بما التزم به . أما ما يقال عن التضامن الاجتماعى والتسلف فى استعمال الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام ، فهذه الأشياء لا ينبغي أن تفرق فى التحديد من سلطان الإرادة . وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تعنى بشيء ، فلا أحق بعنايتها من سلطان الإرادة والتسليم بأثره كاملاً فى تفسير العقد وترتيب نتائجها القانونية .

والناحية الثانية من هذا الأصل أن العقد ، وقد تم بتوافق إرادتين مستقلتين ، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين . فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله ، ولا يجوز للقاضى نفسه بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يبدل فيه أو أن يضيف إليه ما ليس منه .

٤ — انتظم صبراً سلطانهم الموروث (نقد المبدأ) : إذا أرجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية ، وهى العوامل التى أدت إلى انتشار روح الفردية فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة ، وتأسست الشركات الضخمة ، ونظمت طوائف العمال على أثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها فى وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادى ، وانتكس متأثراً بموامل اقتصادية .

ويشولى خصوم المبدأ تنفيد النتائج التى وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة

مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق في نواح ووم في نواح أخرى . فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهى مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية ، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقله لأنه أراد ذلك فحسب ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التى يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين ، وهى التى تستند إليها قوة الإلزام في العقود . وقد لا يتم اتحاد حقيقى بين الإرادتين عند التعاقد ، ومع ذلك فأتاحدهما حكماً يكفى ما دام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر . وما المقد إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعى وتوجيه الإرادة في هذا السبيل ، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان . وهناك نظرية ألمانية لا تحفل بالإرادة الباطنة ولا تبجل لها سلطاناً ، بل تنظر إلى الإرادة الظاهرة لأنها وحدها الشئ المحسوس كحقيقة اجتماعية ، وهى التى يؤبه لها لأنها تولد الثقة المشروعة .

أما إسناد مصادر الالتزام الأخرى إلى الإرادة فالحجة فيه أوهى . وقد تبين أن ما يسمى بشبه المقد لا يشبه المقد فى شئ من حيث استناده إلى الإرادة . كما أن الجريمة وشبه الجريمة إنما يتولد الالتزام فيهما من القانون . وهو الالتزام يترتب على عكس مقتضى إرادة من صدر منه العمل غير المشروع ، فإن هذا لم يرد أن يلزم بعمله ، بل أراد التقيض من ذلك ، فيلزمه القانون رغماً عن إرادته . فأين نحن هنا من سلطان الإرادة ! ولقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقاً يحول دون الأخذ بمسئولية الجنون والطفل والأخذ بالمسئولية اللادية ، وهذه مذاهب تطورت إليها الشرائع الحديثة ، وفى الأخذ بها إلى مدى معين لإرضاء للمدالة ، ومطابقة لأسباب الاستقرار ، وسير في طريق التقدم .

وإذا تركنا الالتزامات جانباً ونظرنا إلى الحقوق الأخرى التى يزعمون أن مصدرها الإرادة ، رأينا أن وهم القائلين بهذا الرأى هنا أيضاً يتجسم . فالملكية ليست لإرادة المالك ، بل إن هذه الإرادة يرد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعى ، وبخاصة ما يتصل منه بمراعاة حسن الجوار . وليس لليراث مبنياً على وصية مفترضة ، بل الواقع من الأمر أن لليراث سبق الوصية فى التطور التاريخى ، وأساسه اشتراك الأسرة فى ملكية

الأموال . أ رأيت لو كان المورث طفلاً أو مجنوناً أ كان يصح الزعم بأن ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة ! كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج ، فإن هذا العقد إنما وضع الزوجين في مركز قانوني نظمه للشرع نفسه طبقاً لصالح المجتمع وصالح الأسرة ، ولا دخل لإرادة الزوجين في ذلك . أما القول بأن المحرم قد ارتضى توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى التهمك منه إلى الحقيقة ، وإلا فأى محرم رأى في العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه ! إنما العقوبة ترجع في مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المحرم فيها .

٤٥ — وضع الأمور في نصابها — إلى أى حد تسيطر الإرادة على العقود : تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذى وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذ مبدأ مطلقاً في كل نواحي القانون . وهذه المبالغة كانت سبباً في مبالغة تعارضها ، وقام خصوم المبدأ هم أيضاً يقولون بنفيها مرة واحدة . وبين الإمعان في إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود ، وجد المعتدلون مجالاً لوضع الأمور في نصابها الصحيح .

ونحن إذا توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف ، تبين أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام . فالروابط الاجتماعية التى تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصاحبة العامة لإرادة الفرد . أما العقد الاجتماعى المزعوم فقد أصبح نظرية عتيقة مهجورة .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود . ففقد الزواج ، وهو الأساس الذى ترتكز عليه الأسرة ، مصدره لإرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التى تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة ، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع . وكذلك بقية روابط الأسرة لا شأن للإرادة فيها . وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدرجاً . وهى في الحقوق العينية أضف نشاطاً منها في الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها ، حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً

جديداً فيها . ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً ، بل إن القانون هو الذى يتولى فى الغالب تحديد مداها .

ولكن الإرادة فى الحقوق الشخصية لها مجال واسع ، فهى مصدر لكثير من هذه الحقوق ، وهى التى ترتب آثارها . ومع ذلك لا نريد أن نبالغ فى أهمية الإرادة حتى فى الحقوق الشخصية . فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق ، فذلك لا يمنع من أن يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تملأها فى الأهمية كالعمل غير المشروع ، أو تقرب منها كالإثراء بلا سبب .

وإذا خالصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول فى هذا الميدان أوسع ما تكون خطى وأبعد ما تكون مدى . ولكن حتى فى هذا الميدان ، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث إنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية ، وجدنا أنها محدودة فى ذلك بقيود النظام العام والآداب . بل إن إرادة الفرد — حتى فى داخل هذه القيود — يضعف أثرها فى بعض العقود التى تضع نظماً ثابتة للعلاقات والجماعات ، كما فى الجمعيات والشركات والتقابات ، فهذه تنظمها الجماعة التى تنتمى إليها ولا تعتد فى تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها . وهناك عقود الجماعة (contrats collectifs) ، كمقد العمل الجماع (contrat collectif du travail) ، وصلاح أغلبية الدائنين مع المفسر ، نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية كذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجع لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وانتصار القانون للجانب الضعيف ، كما نرى فى تشريع العمال وفى عقود الإذعان وفى نظرية الاستقلال وهى نظرية تتوسع تدريجاً فى القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود . ثم إن الإرادة وهى فى دائرة كل هذه القيود لا تزال خاضعة أيضاً لشكلية تتطلبها بعض العقود حماية للمتعاقد الذى يقدم على أمر خطير كما فى الهبة والرهن الرسمى . وهى تخضع كذلك لقواعد الشهر حماية للغير حسن النية ، وتخضع أخيراً لقواعد الإثبات وهى قواعد من شأنها أن تقيد سلطان الإرادة من الناحية العملية .

هذه هى الحدود التى يرسمها القانون فى الوقت الحاضر ميداناً لسلطان الإرادة . فهو

يعترف بهذا السلطان ، ولكن يحصره في دائرة مقولة ، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام .

§ ٣ - تقسيم العقود

٤٦ - **تقسيمات العقود** : ذكر التقنين المدني الفرنسي بعض تقسيمات للعقود في غير استقصاء ، والتقسيم أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع . لذلك لم يعرض له التقنين المدني المصري ، لا القديم ولا الجديد^(١) . كذلك لم تعرض له التقنينات الحديثة كالتقنين الألماني والتقنين السويسري .

ويمكن تقسيم العقد عدة تقسيمات إذا نظر إليه من وجهات مختلفة .

فالمقد من حيث التكوين إما أن يكون عقداً رضائياً (contrat consensuel) أو عقداً شكلياً (contrat solennel) أو عقداً عينياً (contrat réel) .

وهو من حيث الموضوع إما أن يكون عقداً مسمى (contrat nommé) أو عقداً غير مسمى (contrat innommé) . وإما أن يكون عقداً بسيطاً (contrat simple) أو عقداً مختلطاً (contrat mixte) .

وهو من حيث الأثر إما أن يكون عقداً ملزماً للجانبين (contrat synalagmatique, bilatéral) أو عقداً ملزماً لجانب واحد (contra unilatéral) وإما أن يكون عقداً ملزماً (contrat à titre onéreux) أو عقداً تبرعاً (contrat à titre gratuit) وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً محدداً (contrat commutatif) أو عقداً احتمالياً (contrat aléatoire) . وإما أن يكون عقداً فورياً (contrat instantané) أو عقداً زمنياً (contrat successif) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لهذا الصدد ما يأتي : « وقد تصد للمشروع إغفال تقسيمات العقود التي توجد في أكثر التقنينات اللاتينية الزعة ، لأن الناية بها من شأن الفقه . ولذلك رُؤي من الأحوط أن تهمل في النصوص القيسرية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في الهامش) .

١ — العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني

٤٧ — **العقد الرضائي** : هو ما يكفي في انقاده تراضى المتعاقدين ، أى اقتران الإيجاب بالقبول . فالترضى وحده هو الذى يكون العقد . وأكثر العقود فى القانون الحديث رضائية . كالبيع والإيجار . وقد تقدم أن القانون لم يبلغ هذه القاعدة طرفة ، بل تطور إليها تدرجاً .

ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط في إثباته شكل مخصوص . إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته . فإدام يكفي في وجود العقد رضا المتعاقدين فالعقد رضائي ، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها . والفائدة العملية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للاثبات (ad probatum) فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين . أما إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً في العقد (ad solennitatem) فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين .

٤٨ — **العقد الشكلي** : هو ما لا يتم بمجرد تراضى المتعاقدين ، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون . وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد . ولم يبق في القانون الحديث إلا عدد قليل من العقود الشكلية ، الفرض من استبقاء شكليتها هو في الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد ، كما في الهبة والرهن ^(١) .

(١) وقد يكون العقد رضائياً في أصله فيبقى المتعاقدان على أن يكون شكلياً ، أى أن الشكلية تكون واجبة باتفاق المتعاقدين لا بحكم القانون . مثل ذلك أن يفتق المتعاقدان ، بمقتضى عقد ابتدائي ، أن يكون التعاقد النهائي بالكتابة ، أو بمقتضى شرط في عقد الإيجار أن التنبيه بالإخلاء يكون بالكتابة . فشكلون الكتابة في مثل هذه الحالات ركناً شكلياً لا يتم العمل القانوني إلا باستيفائه . وقد يقصد المتعاقدان من اشتراط الكتابة أن تكون للاثبات لا لتكون الصل القانوني . وإذا قام شك في تفسير قصد المتعاقدين حل الكتابة ركن شكلي أو في الطريق للاثبات ، فالفضاء في مصر وفرنسا يطس من ظروف الواقع قرينة على ترجيح أحد الفرضين ، فإذا لم توجد قرينة مرجحة كان الفروض أن المتعاقدين اشتراطاً الكتابة للاثبات لا للاعتماد لأن الأصل في العقود أن تكون رضائية . أنتظر في هذا للمضى عكسة الاستئناف الوطنية =

== في ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ المبيعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ س ٢٩١ — ولكن القضاء المصري لم يستقر على هذا البدء وستين ذلك فيما يلي — أنظر أيضاً في هذا للمعنى محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ يونيو سنة ١٩٠١ سيره ١٩٠٤ — ١ — ٢٨٣ — وحكم آخر في ١٤ مايو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٨١ مع تطبيق فاليري Valéry .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذه المسألة يرجع أن تكون الكتابة للاضفاء لا للاثبات ، فكانت المادة ١٤٩ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفى المقدم شرطاً خاصاً لم يشترط القانون ، فلقروض عند الشك أنها لم يقصداً أن يلزمها إلا من الوقت الذى يستوفى فيه المقدم الشكل للفق علىه . » وقد جرى المشروع في ذلك على نهج كثير من القوانين الحديثة (التقنين اللدنى الألماني م ١٢٥ و م ١٥٤ فقرة ٢ — تقنين الالتزامات السويسرى م ١٦ — تقنين الالتزامات البولونى م ١٠٩) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « إذا اتفق المتعاقدان على وجوب استيفاء شكل معين ، سواء أكان ذلك بمقتضى عقد تمهيدى أم كان بمقتضى شرط معين في عقد أصلى — كما هو الشأن في اشتراط الكتابة في التبييه بالإخلاء في عقود الإيجار — فيفرض أن ينتهيا قد انصرفت إلى ترتيب البطلان على عدم مراعاة هذا الشكل . وهذه هي دلالة الفقرة التي يتبعها المادة ١٤٩ من المشروع . على أن الأمر لا يبدو مجرد قرينة بسيطة ، يجوز إسقاط حكمها بإثبات العكس (التقنين الألماني تعليقات ج ١ م ١٣٦) . وقد ذهب القضاء المصري إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تصديلاً ينطوى على تكليف جديد ، فيشترط أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينة منهم (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) . أما فيما يتعلق بالشكل الذى ينفق عليه المتعاقدان فلم يستقر القضاء على رأى بشأن دلالة الاتفاق عند الشك ، فهل يستتبع لإغفال الشكل في هذه الحالة بطلان العقد ، أم يعتبر الشكل مشروطاً تهيشه طريق للاثبات غيب ؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة أنه لا يجوز لسمسار أن يمسك بمحصل الاتفاق بين المتعاقدين ليتأدى من ذلك إلى المطالبة بالسيرة المتفق عليها إذا كان البيع قد علق على شروط عدة وأرجأ المتعاقدان ارتباطهما التام إلى وقت التوقيع على عقد يمرره عاموماً ما دام أن التوقيع لم يحصل (١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨١) . وعلى هذا النحو اعتبرت المحكمة أن لإغفال الشكل الذى اتفق عليه يستتبع البطلان دون أن ينص صراحة على ذلك . على أن هذه المحكمة نفسها قد حكمت في قضية أخرى بأن العقود الرضائية تم بمجرد التراضى ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على الصاقد بقدر رسمى مع النص صراحة على انصراف نيتها إلى تعليق الارتباط على إتمام العتد من طريق التوقيع عليه أمام موقوف العقود (١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١) . ويوح أن المحكمة قد جنحت في هذا الحكم الأخير لاشتراط الاتفاق صراحة على أن لإغفال الشكل المتفق عليه يستتبع البطلان . ومن المحقق أن النص الذى اخذاره المشروع في المادة ١٤٩ من شأنه أن يضع حداً لتردد القضاء في هذا الصدد . . ولكن المادة ١٤٩ من المشروع التمهيدى عندما غليت في لجنة الرابسة اقترح حذفها لإمكان الاستثناء عنها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومنه تم حذف هذا النص في المشروع التام (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التمهيدية م ٢ ص ٧٣ — م ٧٤ في الهامش) . وقد كان من الخير إبقاء النص حتى يضع حداً لتردد القضاء على ما تقول المذكرة الإيضاحية . أما وقد حذف ، فلا مناس من الرجوع إلى القواعد العامة . ولما كان الأصل في المقدم أن يكون رضائياً ، فالأولى عند ذلك أن تكون الكتابة للاثبات لا للاضفاء . والراجع في القضاء المصري ==

وقد تقدمت الإشارة إلى أن المقود بدأت تكون شكلية في القديم، وتطورت بعد ذلك إلى أن صار أكثرها رضائياً والقليل هو الشكلي. وتختلف الشكلية الحديثة عن الشكلية القديمة في أنها أكثر مرونة. وتختلف عنها أيضاً، وبوجه خاص، في أنها لا تكفي وحدها في تكوين المقد. فالشكلية الحديثة، إذا كانت لازمة، فهي ليست بكافية، بل لا بد أن تقترن بإرادة المتعاقدين. فالإرادة هي التي يقع عليها الشكل. أما الشكلية القديمة فكانت وحدها هي التي تكون المقد، لذلك كان لا يجوز الطعن فيها بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية. فالشكلي إذن كان هو المقد لا الإرادة^(١).

== والفرنسي يؤيد هذا الرأي كما قلنا [انظر قس مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام القس ٢ رقم ٨٨ ص ٤٩١].

(١) ويلاحظ أن كل عقد شكلي يكون التوكيل في عمله شكلياً أيضاً (م ٧٠٠ من القنين المدني الجديد)، وكذلك الوعد بإبرام عقد شكلي يكون شكلياً (م ١٠١٢ قسرة ٢)، وإجازة العقود الشكلية تكون شكلية مثلها. ويستوفي الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد الشكلي من تعديل لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه.

وقد كان المشروع التهديد يشمل على نس يورد بعض هذه الأحكام، فكانت للمادة ١٤٨ من هذا المشروع نص على ما يأتي:

« ١ — إذا فرض القانون شكلاً معيناً لعقد من العقود، فلا يكون العقد صحيحاً إلا باستيفاء هذا الشكل، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ».

« ٢ — إذا نزع القانون للعقد شكلاً معيناً، فيجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل، لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه ». وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي: « يقضي القنين الألماني (المادة ١٢٥) والقنين السويسري (المادتان ١١، ١٢ من قنين الالتزامات) والقنين البرازيلي (المادة ١٣٠) بأن عدم استيفاء عقد من العقود للشكل الذي يفرضه القانون له يستتبع البطلان أصلاً، ما لم ينص على خلاف ذلك. وقد أقر المشروع اتباع هذا المذهب مخالفاً لمذهب القنين البولوني (المادة ١١٠) في هذا الشأن. فإذا طلب القانون شكلاً خاصاً، وأطلق الحكم بغير تعقيب، فمن الطبيعي أن يكون استيفاء هذا الشكل شرطاً لوجود العقد. أما إذا كان الشكل قد فرض لهية طريق الإثبات غيب، فمن واجب القانون أن ينص صراحة على ذلك. وكل تعديل يدخل على عقد لا يتم إلا بالكتابة يعتبر باطلاً إذا لم يتوف فيه هذا الشرط، إلا أن يكون القانون قد قضى بغير ذلك. ويلاحظ أن معنى التمدل يتحقق في الشروط التي تتعارض مع مضمون العقد الأول، لا في الشروط التفصيلية أو التكميلية التي لا تطوى على مثل هذا التعارض. فلا خلاف على ترميم منزل يبع بمقتضى عقد تم بالكتابة ليس إلا شرطاً تفصيلياً لا ضرورة للكتابة فيه. ويختلف عن ==

٤٩ — **العقد المينى** : هو عقد لا يتم بمجرد التراضى ، بل يجب لتمام العقد فوق ذلك تسليم المين عمل التصاقد . ولا يكاد يوجد فى التقنين المدنى الجديد مثل للعقد المينى لإهبة المنقول ، فهذه قد تكون عقداً شكلياً إذا تمت بورقة رسمية ، وقد تكون عقداً عينياً إذا تمت بالقبض (م ٤٨٨ من التقنين المدنى الجديد) . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يتم إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ شرط من التزامه . وفى عقود التأمين يشترط أحياناً ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول ، والشرط صحيح فى هذه الحالة ، ويكون العقد عينياً ولكن المينة هنا مصلها الاتفاق لا القانون .

أما التقنين المدنى القديم فكان يسير على نهج التقنين المدنى الفرنسى ، ويجعل إلى

== ذلك حكم ما يضاف إلى التصاقد الأول من شروط أو خصوص جديدة (فيك ومورلا : تطبيقات على تقنين الالتزامات السويسرى ج ١ المادة ١٧ نبة ١٥٤) ... وقد ذهب القضاء المصرى إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلًا ينطوى على تكليف جديد ، فيشترط أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينة منهم (استئناف مخطوط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) . وعندما نلت المادة ١٤٨ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، رأيت اللجنة بعد المناقشة حذفها ، استناداً إلى أنه فى الحالة التى يصرح فيها المشرع بالهامة التى يربطها بالشكل الذى قرره للعقد لا تقوم أية صعوبة ، وفى الحالة التى لا يصرح فيها بذلك يترك الأمر لتقدير القاضى دون الأخذ بقرينة أخرى . (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٧٢ — ص ٧٤ فى الماش) .

وهنا أيضاً كان من الخير إبقاء النص حتى لا يضطرب القضاء فى تفسير نية المشرع فى شأه جوهريه كهذه المسألة . وقد كان النص المحذوف يتضمن قرينة قانونية على أن الشكل الذى يفرضه القانون يكون عند الشك للائساد لا للاباى . وما دام النص قد حذف ، وزالت بحذفه هذه القرينة القانونية ، لم يبق إلا الرجوع إلى القواعد العامة فى التفسير . وعندما أنه إذا غم الأمر ولم يتبين القاضى — بعد أن يستنفذ وسائل التفسير — ما إذا كان المشرع أراد الشكل للائساد أو للاباى ، فالأول أن يكون الشكل للائساد لا للاباى . ولا يجوز هنا أن يقال — كما قيل فى الشكل الذى يتفق عليه المتعاقدان — إن الأصل فى العقد أن يكون رضائياً . فإن هذا الأصل إنما يصدق بالنسبة للمتعاقدين لا بالنسبة إلى المشرع . ولا يصح أن نسلم فى يسر بأن المتعاقدين أرادوا خلق شكل لا يوجد العقد بدونيه إلا إذا نصوا صراحة على ذلك . أما المشرع فسلطانه كامل فى أن يخلق الشكل الذى يريد ، ومتى فرض شكلاً ، ولم يتم دليل على أنه مقرر للاباى ، فالقروض أنه مقرر للائساد العقد .

هنا وقد ورد فى المذكورة للإيضاحه مثل على الشروط التفصيلية والتكليفية التى لا تتعارض مع مضمون العقد المكتوب فلا تشترط فيها الكتابة . أما الشروط التى تدخل على العقد المكتوب تعديلًا فتنشترط الكتابة فيها ، فتلها أن يتفق البائى والمشتري بعد كتابة عقد البيع على إعلاس الثمن أو على زيادته .

جانب هبة المنقول عقوداً عينية أخرى أربعة : القرض والعارية والوديعة وrehn الحيازة . وكلا التقنينين ورث عينية هذه العقود الأربعة عن القانون الرومانى دون مبرر . فقد كانت هذه العينية مفهومة فى القانون الرومانى حيث كانت العقود فى الأصل شكلية . ثم استغنى عن الشكل بالتسليم فى بعض العقود ، وهذه هى العقود العينية . ولم يسلّم بأن التراضى وحده كاف لانقضاء العقد إلا فى عدد محصور من العقود سمي بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبح التراضى ، كقاعدة عامة ، كافياً لانقضاء العقد ، فلم يعد هناك مقتضى لإحلال التسليم محل الشكل . وقد قلبت بعض التقنينات الحديثة عدد هذه العقود العينية ، فاستبقى التقنين المدنى الألمانى منها القرض وrehn الحيازة ، ولم يستبق تقنين الالتزامات السويسرى إلا رهن الحيازة وحده .

٢ — العقد المسمى والعقد غير المسمى

٥٠ — **العقد المسمى** : هو ما خصصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس فى تعاملهم . والعقود للسماة فى التقنين للمدنى الجديد إما أن تقع على الملكية ، وهى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصالح ، وإما أن تقع على المنفعة وهى الإيجار وعارية الاستعمال . وإما أن تقع على العمل وهى المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . ويضاف إلى ذلك عقود الفرز وهى المقامرة والرهان والرتب مدى الحياة وعقد التأمين ، ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية وهى الكفالة والرهن الرسمى وrehn الحيازة .

ويلاحظ أن العقد المسمى ، فى غير النصوص التفصيلية التى تولت تنفيذه ، يخضع للقواعد العامة التى يخضع لها سائر العقود .

٥١ — **العقد غير المسمى** : هو ما لم يخصه القانون باسم معين ولو لم يتولى تنظيمه ، فيخضع فى تكوينه وفى الآثار التى تترتب عليه القواعد العامة التى تقررت لجميع العقود ، شأنه فى ذلك شأن العقد المسمى . ولكنه لما كان أقل شيوعاً لم يفصل للشرع أحكامه

اكتفاء بتطبيق القواعد العامة^(١).

وتتفاوت التقنيات فيما تسميه من العقود وتفصل أحكامه . وقد كان التقنين اللدني القديم لا ينظم عقد التزام للرافق العامة ولا للقائمة والرهان ولا عقد التأمين ، ويقتضب اقتضاباً محلاً تنظيم عقود المقاولة والعمل والحراسة . فمالج التقنين اللدني الجديد هذه الأمور ولا زالت هناك عقود غير مسماة صالحة لأن تنظم فتصبح عقوداً مسماة كمقد النشر وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة وعقد الزول في الفندق .

ومن الأمثلة على العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشير إلى ذلك ، فينس في المادة ١٢٣ على ما يأتي : « ١ — تسرى على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل ٢ . أما القواعد التي يفرد بها بعض العقود المدنية فتفرعها الأحكام الواردة في الفصول المقررة لها ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أخذ هذا النص عن المادة ٩ من المشروع الفرنسي الإيطالى . وليس يقصد به إلى ترك يد الفقه والقضاء طليقة في تمييز أنواع أو أعطى مختلفة من العقود فغب ، بل أريد به ، بوجه خاص ، تقرير المبدأ الأساسى الذى يقضى بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام تسرى على العقود المسماة كالبيع والإجارة والشركة . وغنى عن البيان أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوى على استثناء من القواعد العامة . ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة على العقود جميعاً ، دون تفرق بين العقود المسماة وغير المسماة ، ما لم يرد نص خاص بشأن الاستثناء » . وعندما تليت المادة ١٢٣ من المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة اقترح حذفها لعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم أغفل المشروع التمهيدى هذا النص لأنه يقرر حكماً ظاهراً لا حاجة فيه إلى نص . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ١١ في المامش) .

هذا وقد كان للعقد غير المسماة في القانون الرومانى شأن آخر . فقد كان هذا القانون لا يعترف — فيما خلا العقود الشكلية — إلا بعقود محصورة العدد ، بعضها رضى ، وبعضها عيني ، وأخرى أخلاقيات يحيل لها قوة العقود . ومن هذه الأخلاقيات عقود اعترف بها تدريجاً وبعد تطور طويل ، وهى العقود غير المسماة . وكانت عقوداً لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما ائتمن عليه مع الطرف الآخر . وتنقسم إلى أقسام أربعة : ١ — عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني فيتولى في جانب الطرف الآخر التزام بنقل حق عيني كذلك (do ut des) ، مثل ذلك القايضة . ٢ — عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء (do ut facias) ، مثل ذلك الهبة بجوش . ٣ — عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء كذلك (facio ut facias) ، مثل ذلك أن يسلم شخص حيازة شيء لآخر فيلتزم الآخر برد هذه الحيازة عند أول طلب (convention de précaire) . ٤ — عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des) ، مثل ذلك عقد الحاسبة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا باعها أن يدفع ثمنها المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها ، وهو عقد يدور بين البيع والصل والوكالة .

يستحقه وأن يتفق على هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق في إثبات الإرث (contrat de révélation de succession) ، وأن يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول شيئاً مملوكاً للثاني وأن يجعل له مبلغاً معيناً وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه . والعقد بين مدير المسرح والممثلين ، وبينه وبين النظارة ، واتفاق إدارة إحدى المستشفيات مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة بعضاً من الأسرة تستخدم للتعليم الطبي ، واتفاق التاجر مع صاحب مصرف على أن يقدم له معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، والعقد بين المصور أو الرسام مع الشخص الذي يصوره أو يرسمه ، كل هذه عقود غير مسماة^(١) .

٣ — العقد البسيط والعقد المختلط

٥٢ — **العقد البسيط** : هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجاً من عقود متعددة . وقد يكون العقد البسيط عقداً مسمى كالبيع والإيجار ، كما يكون عقداً غير مسمى كالعقد الذي توضع بمقتضاه أسرة تحت تصرف مدرسة طبية .

٥٣ — **العقد المختلط** : هو ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً . مثل ذلك العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة .

(١) أنظر والتون ١ ص ٩٨ — ص ١٠٠ . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوضعية بأن العقد الذي يعلق به شخص لأحد مجالس المديرية قطعة أرض نظير تعهد مجلس المديرية بإقامة مدرسة عليها في مدة معينة يعتبر عقداً غير مسمى (٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٥ ص ٢٣٢) . وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملاً على التزامات متبادلة ، إذ التزم أحد الطرفين أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس يبيع ولا مفاضة ، وإنما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه ، وذلك على الرغم مما هو وارد في عقد الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبه والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سقت ليان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تملك المجلس لها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

وليس هناك من أهمية كبيرة في امتزاج عدة عقود في عقد مختلط . فإن هذا العقد إنما تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا تنافرت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها . ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي ، كما في عقد التليفون ، وهو يلدور بين عقد العمل والإيجار ، فغلب القضاء المصري فيه عنصر عقد العمل ورفض دعوى استرداد الحيازة التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلات التليفونية^(١) ، وكما في العقد الموصوف بأنه إيجار ابتداء وبيع انتهاء (location-vente) ، وهو يلدور بين البيع والإيجار ، فحسم القانون الجديد (م ٤٣٠) النزاع في شأنه وجعله بيعاً .

٤ — العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

٥٤ — **العقد الملزم للجانبين** : هو العقد الذي ينشئ التزامات متبادلة في ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع في مقابل أن يلتزم المشتري بدفع الثمن . والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

٥٥ — **العقد الملزم لجانب واحد** : هو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين فيكون مديناً غير دائن ، ويكون المتعاقد الآخر دائناً غير مدين . مثل ذلك الوديعة غير المأجورة يلتزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع أن يسلم الشيء المودع وأن يتولى حفظه وأن يردده عيناً ، دون أن يلتزم المودع بشيء نحو المودع عنده .

والعقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو كسائر العقود لا يتم إلا بتوافق إرادتين . وهذا بخلاف العمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) فإنه يتم بإرادة واحدة ويكون التعبير بلفظ «جانب واحد» (unilatéral)

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحللة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١ .

إذا اقترن بالقصد يعترف فيه أثر القصد لا تكوينه ، وإذا اقترن بالعمل القانوني يلحظ فيه تكوين العمل القانوني لا أثره .

٥٦ — أهمية هذا التقسيم : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة ترجع إلى أن القصد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة ، وهذا التقابل (interdépendance) يؤدي إلى نتائج هامة لا نراها في القصد الملزم لجانب واحد حيث لا وجود للتقابل . ونذكر من هذه النتائج ما يأتي :

(١) في القصد الملزم للجانبين إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر أن يفسخ القصد . وهذا ما يسمى عادة بالشرط الفاسخ الضمني (condition résolutoire tacite, lex commissoria) ، إذ هو شرط مفهوم في كل عقد ملزم للجانبين (أنظر المادة ١٥٧ من التقنين المدني الجديد) أما في القصد الملزم لجانب واحد كالوديعة فلا محل لهذا الفسخ ، لأن المقصود منه هو أن يتحلل الطرف الآخر من التزامه ولا التزام عليه حتى يطلب التحلل منه ، فبقي أن يطلب تنفيذ الالتزام الثابت في ذمة الطرف الأول^(١) .

(١) أصبح عقد القرض وعقد العارية وعقد رهن الحيازة ، في التقنين المدني الجديد ، عقوداً منبذة للجانبين بعد أن صارت عقوداً رضائية ، وكانت عينية في التقنين المدني القديم كما أسلفنا الذكر . فالقسيم يعد ركناً في هذه العقود ، بل هو التزام في ذمة المير والمقرض والراهن . على أن هذه العقود ، حتى عندما كانت عينية في التقنين المدني القديم ، كانت في رأينا ملزمة للجانبين (أنظر نظرية القصد المؤلف من ١٣١ هامش رقم ١) ، إذ أن كلا من المير والراهن كل — ولا يزال — ملتزماً بترك المير في يد المتعاقد الآخر إلى الوقت الذي ينتهي فيه القصد . وهذا الالتزام يقابله التزام المتعاقد الآخر بالمحافظة على العين . فإذا أخل هذا بالتزامه ، جاز للمتعاقد الأول فسخ القصد واسترداد العين . وفي عقد القرض يلتزم المقرض بعدم استرداد مثل ما أقرضه إلا عند نهاية القصد ، وهذا الالتزام يقابله التزام المقرض بدفع الفوائد المقررة . فإذا أخل هذا بالتزامه جاز المقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض . وهذا التحليل يفسر ما اعتقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تنطبق على هذه العقود . ثم لا نكون في حاجة إلى القول من بعض الفقهاء بأن قاعدة الفسخ تنطبق على العقود الملزمة لجانب واحد كما تنطبق على العقود الملزمة للجانبين ، ولا إلى سائر فقهاء آخرين في تسمية الفسخ في هذه العقود بالإسقاط (déchéance) ، بل بقي الفسخ على طبيعته ، وقصره على العقود الملزمة للجانبين ، ونحمله في الوقت ذاته ينطبق على العقود التي نحن بصدد ما . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الفسخ .

(٢) في العقد الملزم للجانبين إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر ، بدلا من أن يطلب فسخ العقد ، أن يتمتع عن تنفيذ التزامه . فإذا طُلب بالتنفيذ دفع بوقته حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ التزامه هو (أنظر للمادة ١٦١ من التقنين المدني الجديد) . وهذا ما يسمونه بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا محل لهذا الدفع ، لأن للمتعاقد الآخر لم يتعلق في ذمته التزام حتى يطلب وقف تنفيذه .

(٣) في العقد الملزم للجانبين يطبق المبدأ القاضى بأن تحمل التبعة (risque) يكون

= ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم في هذه العقود الثلاثة التزاماً لا ركناً . وذلك لأن كلا من المفروض والمعبر والراهن إذا فسخ العقد في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه ، فإنه لا يتصل بفك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بترك الشيء إلى نهاية العقد .

وقد اعترض بعض الفقهاء على هذا الرأي (أنظر الدكتور أحمد حشمت أبو سقيت ص ٥٥ — ص ٦٦ والدكتور عبد المحط خيال هامش فقرة ٥٢) . وتتصل اعتراضاتهم فيما يأتي :

(أ) أن وصف الواجب السلبى المفروض على المعبر بترك المستعير يتفق مع المعنى المعارة ، وعلى الراهن بترك المرتهن يستل العين المرهونة ، بأنه التزام وصف غير صحيح ، إذ أن هذا الواجب مفروض على الكافة أيضاً .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن الواجب السلبى المفروض على المعبر وعلى الراهن يختلف اختلافاً جوهرياً عن الواجب السلبى المفروض على الكافة ، فإن الكافة لا تربطهم علاقة شخصية بالمستعير والمرتهن ، فواجبهم السلبى في احترام حقهما هو ذات واجبهم السلبى في احترام أى حق آخر . أما المعبر والراهن فقد تربطهما علاقة شخصية بالمستعير والمرتهن ، والالتزام نحوهما التزاماً شخصياً بعدم استرداد العين قبل نهاية العقد . والفرق واضح بين التزامهما الشخصى بعدم استرداد العين وواجبهما السلبى في احترام أى حق آخر لا تربطهما بصاحبه علاقة شخصية .

(ب) أن تسليم العين المقود عليها يتضمن في الوقت ذاته الالتزام بعدم التعرض ، فإن هذا هو غاية التسليم . والتسليم وغايته شيء واحد ، فجزئته إلى مجرد تسليم وإلى تعهد بعدم المطالبة أو عدم التعرض تجزئة لما لا يقبل التجزئة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن التمييز بين التسليم وعدم التعرض (أو عدم المطالبة) أمر مألوف ، نراه واضحاً في عقود حامى كالبيع والإيجار . ومن المعروف ألا فرق بين العارية والإيجار إلا في الأجرة ، وما نحن نرى المؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة وترك المستأجر يتمتع بها إلى نهاية الإيجار (في القانون القديم) . فلماذا لا يلتزم المعبر بتسليم العين المعارة وترك المستعير يتمتع بها إلى نهاية العارية ؟

(ج) إذا أمكن تصور الفسخ في هذه العقود ، فلا يمكن تصور الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن هذا لما يرجع إلى أن الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة يفترض أن التسليم لم يتم . أما هنا فالتسليم قد تم ، ولم يبق إلا الالتزام بترك العين إلى نهاية العقد ، يقابله التزام بالمحافظة عليها .

على المتعاقد الذى استحقال تنفيذ التزامه . ويخلص هذا للبدا في أنه إذا استحقال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته فإن الالتزام ينقضى بسبب استحالة التنفيذ ، وينقضى معه الالتزام المقابل له ، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه (أنظر للمادة ١٥٩ من التقنين المدنى الجديد) . ويكون المتعاقد الذى استحقال تنفيذ التزامه قد تحمل تبعه هذه الاستحالة . أما في العقد الم لازم بجانب واحد فإن الذى يتحمل التبعة هو المتعاقد الآخر لا المتعاقد الذى استحقال تنفيذ التزامه . ذلك لأن هذا المتعاقد ينقضى التزامه بسبب استحالة تنفيذه ، ولا يعض المتعاقد الآخر عن ذلك شيئاً لأنه لم يتعلق في ذمته التزام مقابل يسقط بسقوط الالتزام الأول ، فيكون هو الذى تحمل التبعة .

(٤) في العقد الم لازم للجانبين يعتبر التزام أحد المتعاقدين سبباً (cause) لالتزام المتعاقد الآخر وفقاً للنظرية التقليدية في السبب ، وذلك للتقابل القائم ما بين الالتزامين . أما في العقد الم لازم بجانب واحد فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سبباً .

٥٧— العقد الم لازم للجانبين غير التام (contrat synallagmatique imparfait) :

وكان القانون الرومانى يعرف نوعاً من العقود هو وسط بين العقد الم لازم للجانبين والعقد الم لازم بجانب واحد ، وكان يسميه بالعقد الم لازم للجانبين غير التام . وهو عقد ملزم في الأصل بجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد ، وذلك كالوديعة إذا التزم المودع بتمويض ما أصاب المودع عنده من الضرر بسبب الشيء المودع أو برد المصروفات الضرورية التى أنفقت في حفظ الشيء من الهلاك .

والصحيح أن العقد الم لازم للجانبين غير التام إنما هو عقد ملزم بجانب واحد . وما عسى أن ينشأ من التزام بعد ذلك في جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هو التزام مصدره سبب آخر : العمل غير المشروع في حالة التعويض عن الضرر ، والإجراء بلا سبب في حالة رد المصروفات الضرورية . ولقد كان هذا التقسيم مفهوماً في القانون الرومانى لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هى التى كانت تعتبر في هذا القانون عقوداً يجب توافر حسن النية

في تنفيذها (de bonne foi) ، أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً حرفية التنفيذ (de droit strict) . فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام حتى يتيسر اشتراط حسن النية في التنفيذ . ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة في القانون الحديث ، وأصبحت كل العقود — سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد — يجب أن يتوافر في تنفيذها حسن النية . فلم تعد هناك فائدة في أن تنسب العقود الملزمة لجانب واحد بسمة العقود الملزمة للجانبين .

٥ — عقد المعاوضة وعقد التبرع

٥٨ — عقد المعاوضة : هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه . فالبيع عقد معاوضة بالنسبة إلى البائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل إعطاء المبيع ، وبالنسبة إلى المشتري لأنه يأخذ المبيع في مقابل إعطاء الثمن . والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة إلى المقرض ، لأنه يأخذ الفوائد في مقابل إعطاء الشيء لأجل ، وبالنسبة إلى المقرض لأنه يأخذ الشيء لأجل في مقابل إعطاء الفوائد . وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول ، لأنه أخذ كفالة في مقابل إعطاء الدين ، وهو بالنسبة إلى الكفيل يكون تبرعاً إذا لم يأخذ أجراً على كفالاته إذ يكون قد أعطى دون أن يأخذ . ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر ، ذلك لأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون الماوض قد أعطى المقابل للمتعاقد الآخر ، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر .

٥٩ — عقد التبرع : هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما أعطاه ، ولا يعطى المتعاقد الآخر مقابلاً لما أخذه . فالعارية عقد تبرع بالنسبة إلى المير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير في مقابل الشيء المار ، وبالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطى شيئاً للمير في مقابل الانتفاع بالشيء المار . وكذلك الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكالة ، إذا كانت

هذه العقود الثلاثة دون مقابل ، كلها عقود تبرع على النحو الذى قلناه . ومن ذلك يتبين أن العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة بالإيجار ، وبعضها تبرع كالعارية . كذلك العقود الملزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالهبة دون عوض ، وبعضها معاوضة كالصفقة إذا أخذ الكفيل أجراً من المدين .

ومن المفيد أن نميز في عقود التبرع بين عقود التفضل والهبات . فعقد التفضل (actes de bienfaisance) يولى المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله . فالعارية عقد تفضل لأن المير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها . والوديعة عقد تفضل لأن المودع عنده يتبرع بعمله لا بماله . أما الهبات (actes de libéralité) فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله ، كعقد الهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب . ويتبين من ذلك أن الهبات أشد خطورة من عقود التفضل ، ولذلك تحوط المشرع فاشتراط في الهبة شكلاً خاصاً .

٦٠ — أهمية هذا التقسيم : والتمييز بين عقد التبرع — تفضلاً كان أو هبة — وعقد المعاوضة له نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتى :

(١) تكون مسئولية المتبرع أخف عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المودع عنده أيسر من مسئولية المستأجر . كما أن مسئولية المتبرع له أشد عادة من مسئولية المعاوض . فمسئولية المستعير أشد من مسئولية المستأجر . فهذه العقود الثلاثة — الوديعة والإيجار والعارية — تتفاوت فيها مسئولية المتعاقدين قوة وضعفاً ، وتندرج من الضعف إلى القوة طبقاً لما إذا كان المتعاقد يتبرع كالمودع عنده ، أو يعارض كالمستأجر ، أو يتلقى التبرع كالمستعير .

(٢) الغلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع . وهو لا يؤثر في عقود المعاوضة إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار ، كما في الشركة والمزاولة .

(٣) يجوز الطعن في عقود التبرع بالدعوى البولصية دون حاجة إلى إثبات سوء نية من تلقى التبرع . فإذا وهب المدين المسر آخر شيئاً من ماله ، جاز للدائن الطعن في هذا

التصرف ولو لم يثبت سوء نية الموهوب له . أما في عقود المعاوضة كالبيع ، فلا بد من إثبات سوء النية .

٦ — العقد المحدد والمقد الاحتمالى

٦١ — **العقد المحدد** : هو العقد الذى يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام المقد القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطى ، حتى لو كان القدران غير متعادلين فبيع شيء معين بشئ معين عقد محدد . سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله ما دامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع .

٦٢ — **العقد احتمالى** . هو العقد الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام المقد القدر الذى أخذ أو القدر الذى أعطى ، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . فالبيع بشئ هو إيراد مرتب مدى الحياة عقد احتمالى . لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذى أعطى لا يستطيع أن يعرف في ذلك الوقت القدر الذى أخذ ، إذ الثمن لا يتحدد إلا بموته والموت أمر لا يعرف وقت حصوله . والمشتري أيضاً كالبايع يباشر عقداً احتمالياً ، فهو يعرف القدر الذى أخذ ، ولكنه لا يعرف القدر الذى أعطى وهو الثمن الذى لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه . ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وعقود الرهان والمقامرة^(١) .

هذا وقد يظن لأول وهلة أن تقسيم العقد إلى محدد واحتمالى لا يكون إلا في عقود المعاوضة ، وليس في عقود التبرع إلا عقود محددة . ولكن الصحيح أن عقد التبرع قد

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المقد الاحتمالى هو الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديده ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد . وهو لا يتحدد إلا فيما بعد تبعاً لوقوع أمر غير محقق كبيع الثمار قبل انقضاءها والزرع قبل نابه بشئ جزاف . والبيع بمر الوجهة ليس احتمالياً لأن كلاماً من البائع والمشتري يعلم ما أخذ (١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ الهامة ٣١ رقم ١٣٥ من ٣٦٥) .

يكون احتمالياً إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى يأخذ، كما إذا وهب شخص لآخر إيراداً مرتباً طول حياته .

٦٣ — أهمية هذا التقسيم : والتمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالى له أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية . أما من الناحية القانونية فأهميته محدودة . ومن أهم نتائجها أمران : (١) أساس العقود الاحتمالية هو ذلك الاحتمال (aléa) فى المكسب أو الخسارة . فلو اتضح أن هذا الاحتمال غير موجود فى الواقع ، وإن حسبه المتعاقدان موجوداً . فالمقد باطلاً ، كما إذا باع شخص منزلاً ليراد يعطى لشخص ثالث طول حياته ، فإذا بهذا الشخص قد مات قبل وقوع البيع .

(٢) لا يؤثر الغبن عادة فى العقود الاحتمالية ، لأن الأساس الذى بنيت عليه هذه العقود هو كما تقدم غبن احتمالى يتعمله أحد المتعاقدين^(١) .

٧ — العقد الفورى والمقد الزمنى^(٢)

٦٤ — العقد الفورى : هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، فيكون تنفيذه فورياً ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة .

فبيع شئ . يسلّم فى الحال بشمن يدفع فى الحال عقد فورى : لأن عنصر الزمن هنا معلوم إذ أن كلا من المبيع والشمن يسلّم فى الحال ، فهو عقد فورى التنفيذ .

وقد يكون البيع بشمن مؤجل ويبقى مع ذلك فورياً . ذلك لأن الزمن إذا كان قد

(١) ومع ذلك أنظر المادة ٢١٤ من قانون الموصيات والعقود البنائى ، وقد جاء فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة أن العقد الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للإبطال بسبب الغبن . ويمكن حل ذلك على أن احتمال المكسب والخسارة فى جانب أحد المتعاقدين يبيد عن أى تعادل مع هذا الاحتمال فى جانب المتعاقد الآخر .

(٢) رجعنا فى هذا الموضوع إلى رسالة قيمة للدكتور عبد الحى ججازى ، عنوانها : « نظرية عقد المدة — العقد المستمر والدورى التنفيذ » . القاهرة سنة ١٩٥٠ . وقد آثرنا أن نسمى « العقد الزمنى » ما سماه الدكتور عبد الحى ججازى « عقد المدة » . ولا يزال العقد الزمنى فى مسهل تطوره الفقهى . ومن الخير أن يترك للفقه حتى يستكمل تطوره ، فيقتل بعد ذلك إلى التقنين . وسنعود للإشارة إليه فى أماكن أخرى متفرقة .

تدخل هنا فهو عنصر غرضي لا دخل له في تحديد الثمن^(١). فالبيع بشئ مؤجل عندما يحين وقت تنفيذه ، يكون فوري التنفيذ . وليس الأجل إلا موعداً يتحدد به وقت التنفيذ ، ولا يتحدد به مقدار الثمن .

وقد يكون البيع بشئ مقسط ويبقى مع ذلك فورياً ، إذ الثمن الذي يدفع أقساطاً ليس إلا ثمناً مؤجلاً إلى آجال متعددة . وليست هذه الآجال إلا عناصر عرضية في العقد لا يتحدد بها مقدار الثمن . ويكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ ، جزءاً جزءاً ، عندما يحين وقت التنفيذ لكل جزء منه .

وقد يكون الأجل الذي يضرب للتنفيذ إجبارياً ، لا اختيارياً كما في الأمثلة المتقدمة ، ويبقى مع ذلك عنصراً عرضياً لا يتحدد به الحل المقود عليه ، فيكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ . مثل ذلك التجار يتفق مع العميل على أن يصنع له دولاباً . فصنع الدولاب لا بد أن يستغرق زمناً ، ولكن هذا الزمن — وهو أجل إجباري — لا يتحدد به محل العقد . الأجل الإجباري هنا كالأجل الاختياري هناك ، كلاهما عنصر عرضي لا يقاس به المقود عليه . ويكون عقد الاستصناع في المثل الذي قلناه فوري التنفيذ عندما يحين وقت تنفيذه ، أي بعد أن يتم صنع الدولاب .

ويتبين مما تقدم أن العقد الفوري يتحدد محله مستقبلاً عن الزمن ، وأن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً ، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد الحل المقود عليه . ذلك أن محل العقد الفوري — أرضاً كان أو بناءً أو عروصاً أو قدماً أو غير ذلك — إنما يمتد في المكان لا في الزمان ، أي أن له جرمًا إذا هو قيس فإنما يقاس بحيز مكاني لا بقياس زمني ، أو هو — كما يقول الدكتور عبد الحى حجازي في رسالته المروفة — حقيقة مكانية لا حقيقة زمانية . وإنما سمي بالعقد الفوري ، ولم يسم بالعقد المكاني ، لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هي في إثبات المكان له ، بل في نقي الزمان عنه .

(١) وإذا كان قد روعي في الثمن المؤجل أن تضاف إليه الفوائد عن المدة التي أجل فيها ، فإن الزمن في هذه الحالة لا يدخل إلا في تحديد الفوائد ، وهي في العادة نسبة ضئيلة من الثمن . أما في الفوائد ذاتها ، فالزمن عنصر جوهري .

٦٥ — العقد الزمنى : هو المقد الذى يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، بحيث يكون هو المقياس الذى يقدر به محل المقصد . ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بـمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه فى نتيجته ، أى إلى الشيء الذى ينتجه العمل ، كان حقيقته مكانية ، ولكن إذا نظر إليه فى ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمانية ، مقترناً بـمدة معينة .

ومن ثم فمقد الإيجار عقد زمنى لأنه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهري فيه لأنه هو الذى يحدد مقدار المنفعة المقنود عليها . وعقد العمل لمدة معينة ، عقد زمنى ، لأن الخدمات التى يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهري فيه إذ هو الذى يحدد مقدار المحل المقنود عليه .

وهناك من الأشياء ما يتحدد فى المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو فى ذاته يقاس بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل ذلك عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن . فحل العقد هنا — وهو الشيء المعين الذى اتفق على توريده — يقاس فى ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن ، فجملاء يقاس ، كالمنفعة والعمل ، بالزمان لا بالمكان . فالمقنود عليه فى كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شيء يقاس بالزمن . ولكن المقنود عليه فى عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما المقنود عليه فى عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقاً .

ومن ثم ينقسم المقد الزمنى إلى عقد ذى تنفيذ مستمر (contrat à exécution continue) كمقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة ، وعقد ذى تنفيذ دورى (continue exécution périodique) كمقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة .

٦٦ — أهمية هذا التقسيم : ترجع خصائص المقد الزمنى إلى فكرة جوهريته هي

أن المقود عليه فيمحو الزمن . والزمن إذا مضى لا يعود . فإذا نفذ العقد الزمني حيناً من الزمن ، وأريد لسبب أو لآخر الرجوع في العقد استحال ذلك ، فإن الفترة من الزمن التي نفذ فيها العقد قد انقضت ، وما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائياً لا يمكن الرجوع فيه . أما العقد القوري فلا يقوم على الزمن ، وإذا نفذ في جزء منه جاز الرجوع فيما تم تنفيذه . ويترتب على هذا الفرق الجوهرى فيما بين العقد الزمني والعقد القوري نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتي :

(١) الفسخ في العقد القوري ينسحب أثره على الماضي ، لأنه يجوز الرجوع فيه . أما الفسخ في العقد الزمني فلا ينسحب أثره على الماضي لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته .

(٢) إذا وقف تنفيذ العقد القوري ، فإن هذا الوقف لا يؤثر في التزامات المتعاقدين من حيث الكم ، بل تبقى هذه الالتزامات كاملة كما كانت قبل الوقف . أما العقد الزمني فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص في كنه وزوال جزء منه ، إذ تحي آثاره في خلال المدة التي وقف تنفيذها فيها . لأن هذه المدة لا يمكن تمويضها بعد أن فاتت . بل قد يترتب على وقف العقد القوري انتهاؤه إذا كانت مدة الوقف تزيد على المدة المحددة للعقد أو تساويها .

(٣) العقد الزمني تتقابل فيه الالتزامات تقابلاً تاماً ، لا في الوجود لحسب بل أيضاً في التنفيذ ، فإتم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر . ففي عقد الإيجار الأجرة تقابل الانتفاع ، فإذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التي انتفع فيها . أما في العقد القوري فإن التقابل إذا كان تاماً في الوجود فهو غير تام في التنفيذ . ففي عقد البيع بشئ مقسط إذا تقابل المبيع والثمن من حيث الوجود ، فليس من الضروري أن يقابل من حيث التنفيذ ، ويجوز أن يدفع للمشتري أقساطاً من الثمن لا يأخذ ما يقابلها من المبيع ، ويلجأ إلى فسخ البيع فيسترد ما دفعه من الثمن .

(٤) الإعذار شرط لاستحقاق التمويض في العقد القوري في أكثر الأحوال . أما في العقد الزمني فالإعذار ليس بضرورى إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه الزمني ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لقوات الزمن ، فلا فائدة ترتجى من الإعذار .

(٥) العقد الزمني لا يمكن إلا أن يكون ممتداً مع الزمن ، وقدر ما يمتد يكون تغير الظروف محتملاً ، ومن ثم كانت العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة . أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً^(١) .

٦٧ — ترتيب البحث في العقد : الآن وقد فرغنا من التمهيد للكلام في العقد ، تنتقل إلى البحث فيه . ورتب البحث على النحو الذي سار عليه التقنين المدني الجديد ، فن تناول في فصول ثلاثة :

١ — أركان العقد .

٢ — آثار العقد .

٣ — انحلال العقد .

(١) وهناك تقسيم للعقود ، من حيث طبيعتها ، إلى عقد ذاتي (contrat subjectif) واتفاق منظم (convention institutionnelle) . فالعقد الذاتي هو اتفاق بين شخصين لها مصلحة متمازجان ، وتكون الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرسية تقتصر عليهما ولا تتجاوزهما إلى غيرها . مثل ذلك عقد البيع نرى فيه تنازلاً بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري . والرابطة بينهما ذاتية مقصورة عليهما ، وهي لا تثبت أن تزول أو أهم مشتملتها بانتقال ملكية البيع إلى المشتري . أما الاتفاق المنظم فعل النقيض من العقد الذاتي يوجد مركزاً قانونياً منفصلاً ثابتاً (statut, institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد ، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . هذا إلى أن الطرفين في الاتفاق المنظم لا تناقض بين مصالحهما وليس فهما دائن ومدين ، بل لهما غاية متحدة وغرض مشترك . مثل ذلك الشركة ، فإن الشركاء اتفقوا على أن يوجد بينهم هذا المركز المنظم الثابت لغرض مشترك هو الغرض الذي يسعون إليه من وراء اشتراكهم ، ولا تناقض فيما بين مصالح الشركاء . مماثل للتعارض بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري في عقد البيع ، كما أن نظام الشركة لا يسرى على الشركاء تحجب ، بل هو أيضاً يسرى على الغير الذي يتعامل مع الشركة . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق الجامع للعمل (contrat collectif du travail) وهو يري إلى تنظيم القواعد التي تسرى على عقود العمل الفردية بين العامل ورب العمل ، فينظم بذلك حالة مستقرة ثابتة تسرى على من اشترك في العقد وعلى من لم يشترك .

والواقع أن الفرق بين العقد الذاتي والاتفاق المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح . فهناك من العقود الثانية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية كمقد الإيجار ، فإنه يخلق رابطة مستمرة بين المؤجر والمستأجر ، وهذه الرابطة قد يمتد أثرها إلى غير المتعاقدين كالشترى للمؤجرة ؟ والوكالات هي عقد ذاتي يمتد أثرها هي أيضاً إلى الغير الذي يتعامل مع الوكيل . والشركاء في عقد الشركة ، التي هي اتفاق منظم ، لهم مصالح متمازجة ، إذ كل شريك يريد أن يحظى للشركة بأقل حصة ممكنة وغزو بأكثر ربح ممكن . ومن ثم ندرك السبب في أن تقسيم العقد إلى عقد ذاتي واتفاق منظم ، وهو تقسيم ابتدعه الأستاذ ديجيه في الفقه الإداري ، لم يسد في الفقه المدني .

الفصل الأول

أركان العقد

٦٨ — **مصر أركان العقد** : العقد يقوم على الإرادة ، أى تراضى المتعاقدين . والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب . فللعقد إذن ركنان : التراضى والسبب^(١) .

وأما الحل فهو ركن فى الالتزام لافى العقد . ولكن أهميته لاتظهر إلا فى الالتزام الذى ينشأ من العقد . فإن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام التعاقدى فإن للمتعاقدين هما اللذان يعمان بتعيينه ، فوجب أن يراعى استيفاءه للشروط التى يتطلبها القانون . ومن ثم فالحل بذكر عادة مقترناً بالعقد .

فنحن نبحث القواعد التى يقوم عليها التراضى والحل والسبب ، وكذلك الجزاء الذى يترتب على هذه القواعد وهو البطلان . ويتناول بحثنا إذن المسائل الآتية :

١ — التراضى .

٢ — الحل .

٣ — السبب .

٤ — البطلان .

البسّع الأول

التراضى

٦٩ — **وجود التراضى وصحته** : يوجد التراضى بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا

(١) وقد يجب فى التراضى أن يكون فى شكل مخصوص كما فى العقود الشكلية التى سبق ذكرها . ففى هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركناً من أركان العقد .

كان وجود هاتين الإرادتين يكفي لوجود العقد ، فإنه لا يكفي لصحته ، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين فبحث إذن :

١ — وجود التراضي .

٢ — صحة التراضي .

المبحث الأول

وجود التراضي

٧٠ — التراضي هو تطابق إرادتين : نصت المادة ٨٩ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ؛ مع مراعاة ما يقرر القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد »^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي في المادة ١٣٥ منه على الوجه الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاد العقد » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « قطع المشروع بإشترار مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين » . وهذا القول الذي ورد في المذكرة الإيضاحية يوم أن التقين الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة انحيازاً تاماً . والواقع غير ذلك . فقد رأينا أن التقين الجديد في وضعه النهائي قد سلك مسلكاً وسفلاً بين خريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، بل هو قد جعل الإرادة الباطنة هي الأصل ، ولم يجعل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذا الدول . ولما نفي النص الذي نحن بصدده في لجنة المراجعة ، أضيف إليه عبارة « فوق ذلك » ، فأصبح كما يأتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاد العقد » . وقد أصبح مفهومنا بهذا التعديل أن اشتراط أوضاع معينة لانعقاد العقد لا يخفى عن تطابق الإرادتين . ثم قدمت المادة بالنسبة الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وقد وافق مجلس النواب عليها دون تعديل تحت رقم ٩١ . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تليت هذه المادة فوافقت اللجنة عليها كما هي بعد المناقشة وأصبح رقمها ٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التصضيرية ٢ ص ٨ — ص ١٣) .

وقابل هذا النص في القوانين المدنية العربية الأخرى : السوري م ٩٢ (مطابق) — الليبي م ٨٩ (مطابق) — العراق م ٧٣ (موافق) — اللبناني م ١٦٥ وم ١٧٨ (موافق) .

فالتراضى إذن هو تطابق إرادتين^(١) . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام .

٧١ — **أركان الإرادة (أو العمل القانوني) :** والإرادة بهذا التحديد هي العمل القانوني (acte juridique) . والعمل القانوني كما رأينا أعم من العقد . فكان المنطق يقضي بأن يكون بحث العقد داخلاً ضمن بحث العمل القانوني ، لا العكس . ولكن الناحية العملية تنقلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعاً في التعامل . والقواعد التي تنطبق على العقد هي ذات القواعد التي تنطبق على العمل القانوني ، إذا استثنينا منها تلك التي يقتضيها توافق الإرادتين ، كما سنبين ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة ، أي في العمل القانوني الصادر من جانب واحد . ومن ثم فأركان العمل القانوني هي بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة ، أي إرادة صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب ، تقع على محل مستوف لشروطه ، وتتجه لتحقيق سبب مشروع .

٧٢ — **اتجاه الإرادة وصدورها أثر قانوني :** ويعني هنا وجود الإرادة والمقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام .
ويترتب على ذلك بداهة أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معذور الإرادة ، كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء ونحو ذلك .

ولا عبرة بالإرادة التي لم تتجه لإحداث أثر قانوني ، كما في الجملات الاجتماعية وفي

(١) والذي يقع عادة أن الإرادتين المتطابقتين متعاقدان ولا تتطاصران ، فيصدر الإيجاب أولاً ، ثم يليه القبول مطابقاً له . ومع ذلك قد تتعاصر الإرادتان المتطابقتان ، كما في الرهان على سباق الخيل ، إذ يدفع عسدد من التراهنين البالغ التي يراهنون بها في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وفي التالية الظنى من الأحوال يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب ، ثم يتلوه قبول المتعاقد الآخر . ولكن ليس من الضروري أن يلي القبول الإيجاب ، فقد يتم العقد بتلاقي تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين ، كما هو الشأن في الرهان على سباق الخيل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠) .

التبرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .

كذلك لا يمتد بإرادة المازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني ، فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تنتج اتجاهها جدياً لإحداث أثر قانوني^(١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالرضا الصحيح هو كون المتصرف مميزاً بحقل معنى التصرف ويقصده ، والغرض من كونه مميزاً بحقل معنى التصرف أن يكون مدركاً لمعية القصد والتزاماته فيه . أما كونه يقصده بالغرض منه بيان ألا بد من إرادة حقة منه لقيام هذا الالتزام . فالإرادة إذن ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني (وكان المتصرف وقت تحرير القصد مرضاً عصبياً أقدمه الإرادة وانتهى بالانتحار) (قض مدني في ٨ مارس سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٦٩ من ٣٢٩) . وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نصين في هذا الموضوع حذفوا في المشروع النهائي . فكانت المادة ١٢٧ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : « يكون التعبير عن الإرادة باطلاً إذا صدر من شخص وهو في حالة غيبوبة أو وهو مصاب باضطراب عقلي ولو كان الاضطراب وقتياً ، بحيث يكون هذا الشخص خافق التمييز » . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يقصد من هذا الحكم إلى مواجهة حالات الاضطراب العارض التي لا تسكن لفقد الأهلية بوجه دائم وإن استتعت فقد الإرادة ما يفي الاضطراب قائماً ، كما هو الشأن في الغيبوبة والسكر والتخمر الفاضليسي (أنظر التقنين الألماني تطبيقاً ١ من ١٠٣) . ويغرق القانون الإنجليزي بين التصرفات التي تنفذ بإرادة منفردة والقعود التي لا تتم إلا بإرادتين . ويجعل من الاضطراب العقلي والسكر سبباً لبطالان الأولى دون الثانية . والظاهر أن هذه التفرقة ترجع إلى مفالة هذا القانون في الحرص على استقرار المعاملات (جنكس م ٦٤ و ٦٩) ولنستون ١ من ١١١) » . ولما تليت المادة ١٢٧ في لجنة المراجعة اقترح حذفها لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك .

وكانت المادة ١٢٨ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : « لا يكون التعبير عن الإرادة باطلاً بمجرد أن صاحبه قد أضر غير ما أظهر ، ولكنه باطلاً إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ انتهى » . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني ، وهي تثير من فورها أمر البحث في المفاضلة بين منذهب الإرادة الباطنة ومنذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فبأيها يؤخذ ؟ أخذ المشروع بالمنذهب الجرماني ، مؤثراً الإرادة الظاهرة ، وليس شك في أن هذا المنذهب أكفل بضيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر استجابة لتقنيات الاتيين . وهو يصادف ، فضلاً عن ذلك ، سنداً قوياً في الفريعة الإسلامية ، إذ هي تمتد اعتماداً يبدأ بالإرادة الظاهرة ، متأثرة في ذلك بزرعة مادية واضحة . فإذا كان من وجه إليه التعبير عالياً بالتحفظ الذهني المنطوق بهذا التعبير ، فلا عمل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية إذ لم يد في الأخذ بها لإخلال بتأمين المعاملات . وقد ذهب القضاء المصري إلى إبطال المنذهب الذي اتبعه المشروع في

٧٣ — كيف يتم التعاقد : والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذى قدمناه وبموافق الإرادتين . وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتاً ، ويتحقق ذلك فى الاتفاق الابتدائى وفى العريون .

فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية : (١) التعبير عن الإرادة . (٢) توافق الإرادتين . (٣) مرحلة تمهيدية فى التعاقد : الاتفاق الابتدائى والعريون .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة

٧٤ — تعبير الأصيل وتعبير النائب : قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل فى التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فتتکلم : (أولاً) فى التعبير الصادر من الأصيل ، و (ثانياً) فى التعبير الصادر من النائب ، أى النيابة فى التعاقد^(١) .

§ ١ — التعبير الصادر من الأصيل

٧٥ — الإرادة ومظهر التعبير عنها : يجب التمييز بين الإرادة الكامنة فى النفس والمظهر الخارجى للتعبير عنها .

أما الإرادة الكامنة فى النفس فهى عمل نفسى ينمقد به العزم على شىء معين^(٢) .

== القروض النادرة التى طرحت عليه بشأن التفظ الدعى (استئناف مخطط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ من ١٣٢) . ولما تليت المادة ١٢٨ فى لجنة المراجعة اقترح حذفها « لأن فيها إمعاناً فى الدقة لا حاجة لنا به » ، فوافقت اللجنة على ذلك .

(أظهر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٩ — من ٣٠ فى الهامش) .

(١) [أظهر فى الموضوع : ديبرا فى تبليغ الإرادة رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ — ولیم سايجن قلادة فى التعبير عن الإرادة رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٥ — مريج فى دورايجورات فى التصرف القانونى فى القانونين الفرنسى والألمانى رسالة من باريس سنة ١٩٦٠ — وحيد الدين سوار فى التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى رسالة من القاهرة سنة ١٩٦٠] .

(٢) ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملان تحضيريان ويليهما عمل تنفيذى ، فأول مرحلة هى اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلى ذلك مرحلة التدبر (deliberation) فيزن الشخص الأمر ويتدبره . ثم تأتى المرحلة الثالثة وهى إعطاء النزعة وهذا =

وما دامت الإرادة عملاً نفسياً فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها ، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير .

٧٦ — التعبير الصريح والتعريف الضمني : نصت المادة ٩٠ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

- « ١ — التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداوله عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود » .
- « ٢ — ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » ^(١) .

== الأمر والبت فيه ، وهذه هي الإرادة (volition) . فإذا انضمت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة رابعة وهي مرحلة التنفيذ (exécution) . وهذه المرحلة الأخيرة هي عمل خارجي ، أما المراحل الثلاث الأولى فهي مراحل داخلية نفسية : انتنان منها ترجمان إلى التفكير والثالثة هي الإرادة المقصودة .

وتميز علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لا تختلط الإرادة بالرغبة ، وهذا شيء سابق ، ولا تنبئ بالتنفيذ ، وهو شيء لاحق . وإلا فإن النظريات الحديثة في علم النفس لاتسلم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق . فإنه يصعب القول بأن العمل النفسي ، وهو بطبيعته عمل معقد ، يمر على مراحل متميزة بعضها عن بعض تميزاً فيه كل هذا الوضوح . ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل في مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبر يفعل أحدهما مع الآخر فيتفاعلان ، كقطرة تسقط في مجرى ، فتخرج بلباء ، فتؤثر فيه ، وتتأثر منه . ثم إن مرحلة التدبر لا وزن فيها للإنسان الأمر على هذا النحو المادي ، فيستخلص أسباباً للاقدام على العمل وأخرى للاجتماع عنه ، فإن العمل النفسي أكثر تعقيداً وأقل وضوحاً . فإذا ما انتهينا إلى مرحلة الإرادة خيل لمن يقتبم التحليل المتقدم أن هناك قوة نفسية مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبر ، هي التي تتولى البت في الأمر وتكون حكماً لا تعقب على حكمه ، مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهي إليه الإدراك والتدبر ، فهي ليست مستقلة عنها ، وما هي إلا امتداد طبيعي لما أودع في الإنسان من تشكيل وتميز وتبصر .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدى (م ١٢٤) على الوجه الآتي : « ١ — يجوز التعبير عن الإرادة بالألفاظ وبالكتابة وبالإشارة المتداوله عرفاً ، كما يجوز ذلك أيضاً باتخاذ موقف يكون من شأنه تيمناً للظروف ألا يدع شكاً فيما يشتمل عليه هذا التعبير . ٢ — ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم يقض القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » . فأدخلت لجنة المراجعة عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد في القانون ، وأخذ رقم المادة ٩٢ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٩٢ . ولما نلت المادة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حولها انتهت إلى أن أغلبية اللجنة رأت حذفها ، ثم رجعت عن هذا الرأي في جلسة أخرى وأقرت بقاها ، وأصبح رقم المادة ٩٠ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٤ و ١٥ — ص ١٩) .

ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة — وهو مظهرها الخارجى وعنصرها المادى المحسوس — يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمناً .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذى يتخذ — كلاماً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك — مظهراً موضوعاً فى ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المؤلف بين الناس . فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام ، وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذى تنطوى عليه الإرادة ، وقد يؤدى اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالخطابة التليفونية وكإيضاد رسول لا يكون نائباً . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة فى أى شكل من أشكالها ، عرقية كانت أو رسمية ، فى شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان ، موقفاً عليها أو غير موقع ، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بأية طريقة أخرى ، أصلاً كانت أو صورة . وبديهي أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد مما يتطلبه التعبير بالكتابة . ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة للتداول عرقاً ، فإشارة الأخرس غير البهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ، كهرز الرأس عمودياً دلالة على القبول وهزها أفقياً أو هز الكتف دلالة على الرفض . ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً^(١) . ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور .

== ويقابل هذا النص فى القوانين المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٣ (مطابق) — الليبى م ٩٠ (مطابق) — العراق م ٧٧ — ٧٩ (موافق) — اللبناني م ١٧٩ (مقارب) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على النص الآتى (م ١٣٤ من المشروع) : « ١ — يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢ — أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجبة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة لى التفاوض » . فاقترح حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه ، فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ فى المباحث) .

ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لينع الحلوى أو لتوزيع طوابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تصيراً صريحاً^(١) .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان للظهر الذى اتخذته ليس فى ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة ، مثل ذلك أن يتصرف شخص فى شيء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتره ، فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك ، وكلوعود بالبيع يرتب حقاً على العين الموعود ببيعها^(٢) ، وكالدائن يسلم سند الدين للدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك ، وكلستأجر يبق فى العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الإيجار (أنظر م ٥٩٩) ، وكلوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها ، وككثير ملعب يعد للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه^(٣) .

(١) وقد يكون السكوت تعبيراً صريحاً عن القبول كما سيبنى (قارن حكماً لحكمة النقض — الدائرة المدنية — فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤١٠ من ٧٦٠ ، وقد استخلصت المحكمة قبول المترد إليه قبولاً ضمناً من سكوته عن الرد على ما تضمنه الإنذار) .

(٢) أما إذا استأجر لعين من الواعد فهذا دليل على رفض الوعد بالبيع . وقد استخلصت محكمة النقض عدول الموعود بالبيع عن الشراء من ضمه من الواعد أن يؤثره ألياناً تشمل العين الموعود ببيعها (نفس مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٩٠ من ١٨٨) . ولم تر محكمة النقض أن تستخلص إيجاباً ضمناً بالهبة من أن المورث فتح حساباً خاصاً فى البنك لولديه أودع فيه باسمها المبلغ المتنازع عليه ، وقالت فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا كان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حساباً خاصاً فى البنك لولديه أودع فيه باسمها المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخامس مع وجود حساب باسمه هو فى ذات البنك . فهذا الذى قاله الحكم ليس فيه ما يدل على صدور إيجاب بالهبة من المورث لأن نية الهبة لا تفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أنه يفيد ما هو محتمل احتمالات مختلفة لا يرجع أحدها إلا لرجح » . (نفس مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٧٩٨ من ٥٩٠) .

(٣) وهناك رأى يذهب إلى أن التعبير الصريح هو التعبير المباشر — أى التعبير الذى يقصد به إيصال العلم بطريقة مباشرة إلى من توجه إليه هذه الإرادة — والتعبير الضمنى هو التعبير غير مباشر — أى التعبير الذى لا يقصد به إيصال العلم بالإرادة مباشرة ، بل يستدل منه بطريقة غير مباشرة على وجود هذه الإرادة . ولا نرى أن هناك فرقاً محسوساً بين الرأيين ، بل يمكن القول إن الأسلوب المألوف فى التعبير هو التعبير المباشر ، والأسلوب غير المألوف فى التعبير هو التعبير غير المباشر . والى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى إذ تقول : « ويراعى أن الفارق العملى بين هذين الميادين ضئيل إن لم يكن معدوماً . فالأسلوب المألوف فى التعبير عن الإرادة هو فى الوقت ذاته الأسلوب المباشر : فى حين أن الأسلوب غير

وأى مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة ، مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً ؛ في شكل معين ، ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ، ولكن الكتابة في هذه الحالة الأخيرة ليست مظهراً للتعبير عن الإرادة بل طريقاً لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها . ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً ، ولا يكتفى بالتعبير الضمني . وهي أحوال يراد فيها عادة تنبيه الماقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يبرم الأمر إلا بعد التروى وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة . وهذا نوع من الشكلية المهذبة . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذي ينص عليه المشرع حجية البقار والأوراق المنزلية لا تقوم إلا في إحدى حالتين ، أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند (أنظر م ٣٩٨) ، وبائع التركة يرد للمشتري ما استولى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد (أنظر م ٤٥٧) ، وبرادة ذمة المستأجر الأصلي نحو المؤجر إذا صدر من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن (أنظر م ٥٩٧)^(١) . وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلاً خاصاً بأن يكون تعبيراً صريحاً أو يكون بالكتابة أو بكتابة رسمية ، وفي هذه الأحوال ينفذ الاتفاق فلا يوجد التعبير إلا في الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك^(٢) .

== المباشر ليس في الغالب بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شيء فقد آثر المشروع ألا يفصل في المسألة بنص تشريعي ، تاركاً أمر البحث عن الغيار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء . (مجموعة الأعمال التوضيحية ص ١٥) .

(١) وقد لا يصل المشرع إلى حد أن يتطلب تعبيراً صريحاً ، ولكنه يتطلب مثلاً اتفاقاً خاصاً (أنظر م ٣٠٩ م ٤٤٥ م ٧٨١) ، أو ينص على أن الإرادة لا تخفى (أنظر م ٢٧٩ م ٣٥٤ م ٣٦٠) ، أو يستوجب أن يكون خبر الإرادة تفسيراً ضيقاً (أنظر م ٥٥٥) . وفي جميع هذه الأحوال لا يشترط التعبير الصريح ، ولكن يجب الحيلة والتشدد في استخلاص التفسير الضمني .

(٢) أنظر آخراًقرة ٤٨ في الخامس .

وكل ما قلنا عن التعبير الصريح والتعبير الضمني كان معمولاً به قضاء دون نص في ظل القانون القديم^(١).

٧٧ - الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة^(*) — تمهيد : إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادام الاثنان متطابقتين . أما إذا اختلفتا — كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته ، وكن يوصى على أثاث منزلي بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال — فالتاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها . ولكن نظرية حديثة كان للألمان الضلع الأكبر فيها ، تأخذ بالإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في المقدار اختلفتا في الالتزام وكما اختلفتا في نظريتهما العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية (objectif) ، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية (subjectif) . فإذا اقتصرنا على المقدار رأينا للمدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

(١) وقد جرى القضاء المصري على الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة كما يتجدد بالتعبير الصريح (استئناف مخطوط في ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١١٨ — وفي ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٣٥٧) . ونذهب كذلك إلى أن مسلماً معيناً أو ضرباً من ضروب التصرف قد يعتبر إفصاحاً عن الإرادة (استئناف مخطوط في ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ٤٠١) .

(*) جنس المراجع الرئيسية : سالي في الإعلان عن الإرادة — بنكاز تكتلة بودري جزء ٢ — ديموج في الالتزامات جزء أول — بلانول وريير وإسمان جزء أول — ديريه (Dereux) رسالة في تفسير الأعمال القانونية سنة ١٩٠٥ ، وانظر أيضاً مقالاً له في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ — مقال الأستاذ منيال (Meynial) في الإعلان عن الإرادة في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٢ م ٥٤٥ — م ٥٧٣ — مقال الأستاذ هوربو (Hauriou) والأستاذ جيليوم دي بيزان (Guillaume de Bézian) في الإعلان عن الإرادة في القانون الإداري الفرنسي في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٣ م ٥٤٣ — م ٥٨٦ — نظرية المقدورلوف ١٥٠ وما بعدها — أصول الالتزامات للدكتور حطى بهجت بدوي م ٨٢ وما بعدها — نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت م ٧٠ وما بعدها .

٧٨ — نظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) : وهي تبحث عن الإرادة فيما

تنطوى عليه النفس . أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثباته
السكن . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر للمادى لا يتفق مع الإرادة النفسية ،
فالمبرة بهذه لا بذلك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ،
فما على القاضي إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولاً ، وإلا فالإرادة
المفترضة . ولكنها — حقيقية أو مفترضة — هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة :
الإرادة الحرة المختارة في معدها الحقيقي ، غير متأثرة لا بنفس ولا بإكراه ولا بفظ .

٧٩ — نظرية الإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration de volonté) :

في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث
المدقق ، وخلصوا من محتمهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون .
فهى شىء كامن في النفس ، والإرادة التى تنتج أثرها هي الإرادة في مظهرها الاجتماعى ،
لا في مكنمها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهرها اجتماعياً إلا عند الإفصاح
عنها . فالمبرة بهذا الإفصاح ، إذ هو الشىء للمادى الذى يستطيع القانون أن يحيط به وأن
يرتب أحكامه ، دون حاجة إلى تحمس ما تنطوى عليه النفس من نيات . فإن القانون
ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسى . فإذا
أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعى ، وجب أن تتجسم في المظهر للمادى لها ، وهو
ما يستطيع إدراكه . وفي هذا استقرار للتعامل ، وطأينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر
أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها ، فلا يحتاج عليه بعد
ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوى عليه نية أخرى غير التى تستخلص من الطريق الذى
اختاره للتعبير عن هذه النية^(١) .

(١) وقد تأثر التقنين الألمانى بالفقه الألمانى ، فأخذ إلى حد كبير بنظرية الإرادة الظاهرة ومنبع القانون
الانجليزى هذه النظرية في كثير من القروض (أنظر جنكس م ٧٧ : إذا استعمل شخص طرناً للتعبير عن
إرادته بحيث يكون من القول تبعاً للظروف أن يفهم منها معنى معين ، فلا يجوز له أن ينكر هذا المعنى =

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً خاصاً لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تمييزاً صريحاً أو تمييزاً ضمناً ، وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسى ، بل تبرز إلى العالم المادى في علامة ظاهرة ، هى التى تقف عندها ، وتقدر الإرادة بقدرها .

وم لا يكتفون من المظهر الخارجى للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها — دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجى لا يتفق مع الإرادة الداخلية — ولو اكتفوا بذلك لاتفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجى هو العنصر الأسمى للإرادة ، فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لا بد من اعتباره دليلاً على الإرادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس . فلا يسمع لشخص يدعى أنه أضمر غير ما أظهر ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذى اختاره لإرادته^(١) .

== لمواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفاً يتلاءم مع هذا المعنى . وانظر أيضاً بولوز في المقد طبعة تاسعة ص ٥ — ٦ — وولست في المقد جزء أول فقرة ٩٤ .

أما الشريعة الإسلامية فع أن القاعدة فيها أن العبرة بالمعنى أى بالإرادة الحقيقية للمتأخرين ، إلا أن الفقهاء في كثير من الفروض يقفون عند المعنى الظاهرة من الألفاظ التى استعملها المتأخرين ، فلا يصدونها إلى المعنى الكائنة في السريرة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والألفاظ ، ووقوفهم طويلاً عند شرح ما تضمنته هذه العبارات من المعنى ، وما يستتبعه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام . فليس هنا منهم في رأينا استسكاكاً باللفظ ، بل هو تطلب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . هذا إلى أن هناك ثلاثاً جديهن جد وهما من جد ، أى أن الإرادة الظاهرة تتطلب فيها حتماً على الإرادة الباطنة ، وهى الزواج والطلاق والطلاق (التلويح والتوضيح جزء ٢ ص ٧٨٧ — ٧٨٩) .

(١) ذلك أن أنصار الإرادة الظاهرة لا ينفلون الإرادة الباطنة على نحو مطلق . فهم يشترطون أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كائنة ، ولكن هذه الإرادة تكون مقصورة على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجى لتحدث أثرها القانونى (volonté de déclarer) . فمن يبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجى في الكتابة لتحدث أثرها القانونى إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة ، بل هو فى الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يعلم الورقة المكتوبة ، أو بعد أن يقوم بتصديرها . ويرتب على ذلك أن أعمال الطفل والمجنون لا يصح أن تؤخذ مظهراً مادياً ==

٨٠ — موقف التقنين الجبرير : وقد سبق القول إن التقنين الجديد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد التقنين القديم في أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فلم يحمّد في الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل تزحزح قليلاً نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل على أنه لم يبلغ مبلغ التقنين الألماني في اقترابه من الإرادة الظاهرة كما سبق أن بينا . وإذا جاز أن يقال إن التقنين الألماني قد أكمل نظرية الإرادة الظاهرة بنظرية الإرادة الباطنة فإن التقنين الجديد يكون قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة الظاهرة .

== يستند به في التمييز عن الإرادة ، لأن إرادة الطفل أو المجنون معدومة ، فلا يصح أن يقال إنه قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجي لتجسد أثرها القانوني (أنظر المادتين ١٢٧ و ١٢٨ من المشروع التمهيدى وقد مر ذكرهما . وانظر في هذا المعنى فون تور Von Tuhr ص ١٣٧ — سالى في إعلان الإرادة ص ٢ — رسالة الدكتور الشقي المقدمة لمعهد القانون المقارن بجامعة باريس في تكوين المقد وتفسيره في القانون المدني المصري الجديد ص ٦٤ هامش رقم ٣) .

ولا بد من وجود الإرادة الظاهرة وجوداً حقيقياً ، فالإرادة المكتوبة لا وجود لها إذا كانت مزورة . أما إذا لم تكن مزورة فهي موجودة حتى لو وجهت إلى غير الشخص المتصور ، بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل اسم الشخص المتصور (فون تور Von Tuhr ص ١٣٦ — رسالة الدكتور الشقي المشار إليها ص ٨٤ فقرة ٧٥) .

هذا والتأج العملية للتمييز بين مبدئى الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة عديدة ، وهي لا تظهر إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة ، ولما يستطاع إثبات ذلك . وفي الأحوال القليلة التي يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب المبدآن من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجى الحامل دون جزاء ، بل يرتب عليه الحق في التمويض ، على أساس المسؤولية التصريية ، لمن اطمان لهذا المظهر ، حاية لثقة للشروعة .

ومهما يكن من الأمر فلا يزال هناك فرق بين المبدآن لا يجوز إغفاله . فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية أما نظرية الإرادة الباطنة فتنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهنا الفارق يترتب عليه تيجتان عمليتان : (١) عند تفسير المقد إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون مترماً أن يحس الإرادة الداخلية فيما تحته سريرة المتعاقدين بل هو يوقف عند المظهر الخارجى لتفسير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً في ذلك إلى الدف الجارى وإلى المألوف في التعامل . (٢) إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن مسألة تفسير المقد تصبح مسألة قانون تخضع لرعاية محكمة النفس ما دام الفرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص المقد ، (فيكون حكم ذلك حكم تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقع لقاضى الموضوع فيها الرأى الأعلى — وستناول هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في تفسير المقد .

٨١ — متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره : والتعبير عن الإرادة — سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة — لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩١ من التقنين المدني الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » ^(١) . ولا نظير لهذا النص في التقنين المدني القديم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م ١٢٥) على الوجه الآتي : « ١ — ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل فيه إلى من وجه إليه بحيث يتمكن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير أو في الوقت الذي وصل إليه فيه . ٢ — إذا وصل عدول بعد وصول التعبير عن الإرادة ، وكان قد صدر بحيث كان يصل ، في الظروف المعتادة ، قبل وصول التعبير عن الإرادة أو في الوقت ذاته ، فيجب على من وجه إليه العدول أن يحظر الطرف الآخر فوراً بهذا التأخر ، فإذا تهاون في الإخطار اعتبر وصول العدول في وقت غير متأخر . ولا تلي النص في لجنة المراجعة ، اقترح حذف الجزء الثاني من الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليه ، وكذلك الفقرة الثانية جميعاً لأنها تقرر حكماً تفصيلياً لا يحسن أن يقرر بنص تسميى ، فوافقت اللجنة على ذلك . ثم ناقشت الجزء الباقي من المادة ، واستقر الرأي على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بالعلم ، ولكن لما كان العلم أمراً متعذر الإثبات فيحسن أن يؤخذ الوصول قرينة عليه لأنه أكثر اضبطاً ، على أن تكون هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، والطرف الذي وجه إليه التعبير عن الإرادة هو الذي يتحمل عبء إثبات العكس . وأصبحت المادة في صيغتها النهائية (م ٩٣ من المشروع النهائي) كما يأتي : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به إلا أن يقام الدليل على عكس ذلك » . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٣ . ثم عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، فرأت الأغلبية حذفها ، ثم أعادت اللجنة النظر فيها فأقرت بقاءها ، وأصبح رقمها ٩١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها بعد ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ — ص ٢٨) .

ونذكر هنا أن التقنين المدني السوري الجديد الذي صدر بعد التقنين المدني المصري الجديد بزمان قليل — وعين لنفاذه تاريخ سابق على التاريخ الذي عين لنفاذه القانون المصري قس — سار على نهج القانون المصري في الغالبية العظمى من نصوصه وأحكامه . ومن الفروقات النادرة ما بين التقنينين أن التقنين السوري لم ينقل عن التقنين المصري نص المادة ٩١ . ويبدو أنه أراد بذلك أن يجعل التعبير عن الإرادة لا يتأخر لإفاحه لأثره إلى الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعزز هذا التعبير أنه جعل الصاقد فيما بين الغائبين ثم في المكان الذي صدر فيه القول (م ٩٨ من التقنين السوري) لا في المكان الذي علم فيه الموجب بالقول (م ٩٧ من التقنين المصري) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الصاقد ما بين الغائبين .

ولإيضاح ذلك يجب التمييز بين وجود التعبير وجوداً فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً .
فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكنه لا يكون له وجود قانوني
إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . والمبرة في التعبير بوجوده القانوني لأن هذا الوجود
وحده هو الذي تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج
التعبير لأثره (*efficacité*) .

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلاً فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد
الآخر الذي يوجه إليه الإيجاب^(١) ومتى وصل إلى علمه أنتج أثره . ومعنى ذلك أن
الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز المدول عنه ، وكان قبل العلم أى قبل أن ينتج
أثره يجوز فيه المدول^(٢) . ولكن هذا ليس معناه أن الإيجاب الذي أصبح من وقت
العلم قائماً لا يجوز المدول عنه ، هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . فإن الإيجاب الذي
لا يجوز المدول عنه ، يجوز مع ذلك الرجوع فيه ، ما لم يكن ملزماً . وحتى يكون الإيجاب
ملزماً يجب توافر شروط معينة سيأتى الكلام فيها . ومن ذلك يقين أن المدول لا يكون
إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانوني ، أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل
الإيجاب هذا الوجود بشرط ألا يكون ملزماً ، فإذا كان ملزماً فلا يجوز المدول عنه
ولا الرجوع فيه . وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولاً مثلاً ، فإنه كذلك لا ينتج أثره

== ويقابل هذا النص في التقنيات الحديثة الرعية الأخرى : السورى : لا مقابل (أظهر ما تقدم) المجلد ٩١ م
(مطابق) — المراق ٨٧ م (موافق) — الثباني : لا مقابل (مثل السورى) .

(١) [وهذا هو التعبير عن الإرادة واجب التسلم *receptice* . أما إذا لم يكن من شأن التعبير أن يوجه
لدى شخص معين بلقات ، كالرعد بالهاترة ، فإنه لا يكون واجب التسلم *non receptice* (أظهر عبد الحمى
حجازى في مصادر الالتزام صحيفة ٤٦٩ — ورسالة درما في تبليغ الإرادة — رسالة من باريس سنة
١٩٣٠ — وهو يرجع هذه التفرقة إلى الفقيه الألماني زيلمان] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان الموجب قد التزم في إيجابه بالبقاء على هذا
الإيجاب مدة معينة ، فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه به ، ولدى هذا
الوقت . يجزى أن الإيجاب لا يزال في حوزة الموجب ، وله أن يبدل عنه أو أن يبدل فيه لأن التعديل ماهو
الإلا صورة من صور المدول لا يملكه الموجب إلا في الفترة الساجعة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه
(قضى مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٨ بمجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٤٠ س ٣٥٩) — فلان سليمان
مرفس مصادر الالتزام فترة ٧٨ م ١٠٣] .

إلا من وقت علم الموجب به . وأثر القبول أكثر وضوحاً من أثر الإيجاب ، فإن القبول إذا أنتج أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد . ومن ذلك يتبين أن القبول إذا صدر فلا يتم به العقد إلا من وقت وصوله إلى علم الموجب ، وهذه هي نظرية العلم التي سنراها في التعاقد بين الغائبين . وقد جاءت للمادة ٩١ بقرينة قانونية على العلم لما قد ينطوي عليه من خفاء ، قضت بأن وصول التعبير بقرينة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم شيء أحاطوا به علماً وقت وصوله . على أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله ، وهو الذي يحمل عبء الإثبات^(١) .

ويتبين مما تقدم أن التقنين الجديد قطع في أمر كان التقنين القديم فيه متردداً ، إذ جمل التعبير عن الإرادة ينتج أثره من وقت العلم به ، وكان القضاء في عهد التقنين القديم يتردد بين وقت إعلان التعبير ووقت تصديره ووقت وصوله ووقت العلم به ، وسنرى ذلك عند الكلام في التعاقد بين الغائبين .

٨٢ — الموت وفقر الأهلية — أثرهما في التعبير عن الإرادة : وقد قلنا أن التعبير

عن الإرادة يكون له وجود فعلي من وقت صدوره من صاحبه ، وهذا الوجود الفعلي يبقى

(١) لم نورد المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٥ من المشروع التمهيدى (وهي المناقشة للمادة ٩١ من القانون الجديد) الأمر على النحو الذى يبينه فى الآن . فهى قد بنت إنتاج التعبير لأثره عند وصوله إلى علم من وجه إليه على فكرة أن الإيجاب ملزم بوجه عام ، قبل العلم بكون الإيجاب موجوداً وجوذاً فعلياً ووجوداً قانونياً ولكن يجوز الرجوع فيه إلى وقت العلم ومنذ هذا الوقت يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه . وكان هذا النظر يتسنى مع المشروع التمهيدى الذى جعل الإيجاب ملزماً (م ١٢٩ من هذا المشروع) وهذا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى صدر المادة ١٢٥ من المشروع التمهيدى : « نتناول هذه المادة تبين الوقت الذى يصبح فيه التعبير عن الإرادة نهائياً لا يجوز المصطلح عنه (اقرأ : الرجوع فيه) . فن الواجب التمييز بين وجود التعبير ، وهذا الوجود يصحوق وقت صدوره إذ يصبح عملاً قانونياً قائماً لا يتأثر وجوده بوقته من صدر منه أو بفقد أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفر صفة اللزوم له نظرياً على ذلك ، وهذا لا يتحقق إلا فى الوقت الذى يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه » . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ١٩ — ٢٠) .

ولما كان المشروع النهائى ، ومع القانون الجديد ، قد عدل عن جعل الإيجاب ملزماً بوجه عام ، لحذف المادة ١٢٩ من المشروع التمهيدى ، فقد كان من الواجب أن يدخل تعديل فى الاعتبارات التى من أجلها لا ينتج التعبير أثره إلا من وقت العلم به ، على النحو المبسوط فى المتن .

له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته . وهنا اعتبر التقنين الجديد أن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلي ، فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا يفقده لأهليته . وفي هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التي تبقى كامنة في نفس صاحبها وتموت بموته وتزول بفقده لأهليته^(١) . وإذا اعتبر التقنين الجديد ذلك ، فقد رتب على هذا الاعتبار نتيجة هامة خالف فيها التقنين القديم . فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية ، بل ويستكمل وجوده القانوني بوصوله إلى علم من وجه إليه . وهذا ما تقتضيه المادة ٩٢ من التقنين الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل »^(٢) .

(١) [يرى الأستاذ عبد المولى حجازي أن هذا ليس تطبيقاً لفكرة الإرادة الظاهرة ، بل هو تطبيق لمبدأ استغلال التعبير من صاحبه بمجرد صدوره منه (مصادر الالتزام من ١٩٨ — ١٩٩) . ونلاحظ أن فكرة استغلال التعبير عن صاحبه ليست إلا تطبيقاً من تطبيقات الإرادة الظاهرة] .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يؤثر في صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته ، ما لم يبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة دارت مناقشة طويلة حوله وكان هناك من يرى أن التعبير يسقط إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل العلم به . وبعد المناقشة جعل هذا الحكم مقصوراً على موت من وجه إليه التعبير أو فقده لأهليته . وانتهت المناقشة إلى تعديل النص على الوجه الذي استقر في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٩٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٤ . وكذلك وافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٢ ، وجاء في تقريرها ما يأتي : « واقترح الاستعاضة عن المادة ٩٢ بالنص الآتي : « ينقضي التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو يفقده أهليته قبل أن يصل التعبير بعلم من وجه إليه ، لأن نص المشروع في هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف في مصر وفرنسا ، ولأنه قد يفضي إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية ، إذ قد لا يتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة في الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصالح لا يجوز إهمالها بسبب حادث طارئ . هوموت من صدر منه هذا التعبير أو فقده لأهليته ، ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف ، ولكن اللجنة راعت أن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهي أو منطقي سليم ، بل الفقه والنطق يخضيان بالاعتراف بالتعبير عن الإرادة بكيان ذاتي ، ومثل =

وقد كان القضاء للصري في ظل التقنين القديم يجري على أن موت صاحب الإرادة أو وقده لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة^(١). ويرجع هذا في رأينا إلى أن التقنين القديم لم يكن يستطيع أن يتصور انفصال الإرادة عن صاحبها ، فهو لا يراها إلا إرادة كامنة في النفس تموت بموت صاحبها وتزول بفقد أهليته . ولا شك في أن حكم التقنين الجديد في هذه المسألة يفضل حكم التقنين القديم من حيث استقرار التعامل . والمثل الآتي يوضح ذلك : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة ، قبلها الآخر ، ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ولم يكن هذا عند وصول القبول إليه يعلم بموت صاحبه . المقد في هذه الحالة يتم وصفاً للتقنين الجديد ، وكان لا يتم في ظل التقنين القديم . وظاهر أن القول بتمام المقد هو الذي يتفق مع استقرار التعامل فإن الموجب لا يأخذ عليه إذا هو اطمأن إلى تمام الصفقة ورتب شؤونه على هذا الاعتبار^(٢) .

== هذا الوضع أكثر ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية المصالح . وقد وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٩ — ص ٣٥) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري لا مقابل . الليبي ٩٢ (مطابق) . العراقي لا تأبل . اللبناني لا مقابل .

(١) أقرت محكمة الاستئناف الوضعية في ٩ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ٤ ص ٤٤٩ — محكمة شتلا في ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية رقم ٣٢ ص ٣٠٥ — وكانت اللادتان ٧٢/٥٠ من القانون القديم تطبقان هذا المبدأ في عقد الهبة فتصان على ما يأتي : « تبطل الهبة بموت الواهب أو يفقد أهليته لتصرف قبل قبول الموهوب له » .
ويبدو أن القانون السوري الجديد — وقد سبقت الإشارة إليه — اختار مذهب القانون المدني القديم ، فلم ينقل عن القانون المدني الجديد نص المادة ٩٢ ، وأراد بذلك أن يسقط التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو يفقد أهليته .

(٢) هنا ولو اعتبرنا الإيجاب ملزماً كما كان الأمر في المصروع التهديدي ، لا يمكن القول أيضاً بتمام المقد في القرض الآتي : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة ، ومات الموجب قبل أن يصل الكتاب إلى الطرف الآخر ، ولم يكن هذا عند وصول الكتاب إليه يعلم بموت الموجب ، وقبل الصفقة .

والسبب في أن الصفقة لا تتم في هذا القرض إذا لم تعتبر الإيجاب ملزماً هو أن القبول لا يصل إلى الموجب إلا بعد موته ، ومن ثم فلا ينتج أثره . أما إذا اعتبرنا الإيجاب ملزماً ومات الموجب ، فإن التزامه بالبقاء ==

وينجب على ورثة القابل في هذه الحالة (وعلى القيم في حالة فقد الأهلية) وقد تم المقد أن يقوموا بتنفيذه في الحدود التي تلتزم بها الورثة بقعود مورثهم^(١). وغنى عن البيان أن المقد لا يتم في الثل المتقدم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار. فإذا قصد الملوجب - وبأن هذا القصد في إيجابه صراحة أو ضمناً - أن المقد لا يتم إلا مع القابل بالذات، أو كان الأمر للمقود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً، كما إذا كان هذا فناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل في فنه، فإن القبول يسقط بموت القابل^(٢).

على إيجابه ينتقل إلى ورثته، فإذا وصلمه القبول أنتج أثره. وعلى هذا الأساس الأخير سارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذا كان الإيجاب ملزماً في هذا المشروع. (أنظر عبد الحى حجازى مصادر الالتزام ص ٤٩٧).

(١) ولما كان التقنين الجديد قد استحدث هذا الحكم، فلا يكون له أثر رجعى. فلو أن القابل مات أو فقد أهليته قبل نفاذ التقنين الجديد (أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩)، فإن قبوله يسقط بالموت أو بفقد أهليته طبقاً للقانون القديم. لكن إذا صدر القبول قبل نفاذ التقنين الجديد ومات القابل أو فقد أهليته بعد نفاذه، فإن القبول لا يسقط بالموت أو فقد الأهلية طبقاً للتقنين الجديد، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري (effet immédiat).

(٢) وقد سارت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٦ من المشروع التمهيدي (وهى التى تقابل المادة ٩٢ من التقنين الجديد) على الأساس الذى سارت عليه في المادة السابقة، فاعتبرت أن عدم سقوط التعبير بالموت أو فقد الأهلية إنما جاء نتيجة منطقية لكون الإيجاب ملزماً، فورد في هذا الصدد ما يأتى: « يقضى النص بأن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو بفقد أهليته. وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية لزموم التعبير عن الإرادة. فالإلزام بالإبقاء على التعبير، أو بعبارة أدق بالارتباط به، يظل قائماً بعد الموت أو فقد الأهلية، شأنه في ذلك شأن أى التزام آخر. فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً وقد الملوجب أهليته قبل صدور القبول، وجه القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه ».

وهذا التعليل إذا صلح في قانون يعتبر الإيجاب ملزماً بوجه عام كما كان الأمر في المشروع التمهيدي، فهو لا يصلح تعليل في قانون لا يعتبر الإيجاب ملزماً إلا في حالات خاصة. على أن المذكرة الإيضاحية سارت إلى مدى أبعد في تقرير عدم سقوط التعبير بالموت أو فقد الأهلية حتى لو لم يكن التعبير ملزماً، إذ قالت: « وجود التعبير، حتى قبل أن يصبح لازماً، لا يتأثر هو أيضاً بالموت أو بفقد الأهلية... وغنى عن البيان أن حق المدول ينتقل إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير ». وهذه الفقرة من المذكرة الإيضاحية تصلح تفسيراً صحيحاً للتقنين الجديد، ويضاف إليها أن حق الرجوع في الإيجاب ينتقل هو أيضاً إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية بعد وصول التعبير، وذلك في الحالات التى لا يكون فيها الإيجاب ملزماً.

(أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٣١).

كل هذا بخلاف من وجه إليه القبول ، فإنه إذا قد أهليته أو مات قبل وصول القبول إلى علمه فإن العقد لا يتم ، لأن القبول في هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ، إذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات ، فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد^(١) .

(١) [قارن سليمان مرقس فقرة ٨٢ ص ١١٣ . وانظر جلال العدوي مبادئ الالتزامات ص ١٥٠] وكان المشروع التمهيدى (م ١٢٦) يقرر غير ذلك ، على الوجه الذى يبيّن بناء فيما تقدم . ولكن المشروع النهائي عدل النص على الوجه الذى رأيناه فى التقنين الجديد كما أسلفنا القول .

وقد كان التقنين القديم يستثنى عقد الهبة من المبدأ الفاضى بأن موت من وجه إليه التمييز أو فسخه لأهليته يسقط التمييز ، فكانت المادتان ٧٣/٥١ من هذا التقنين تصان على أنه « يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفى قبل القبول ، وفى حالة الهبة لمن ليس أهلاً للقبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه » . ولم يرد لهذا النص القديم مقابل فى التقنين الجديد ، فلا يؤخذ الآن بهذا الحكم الاستثنائى لاذ لا نص عليه .

هذا ، ويجب التمييز بين المبدأين الآتين أخذ بهما التقنين الجديد . فهو من جهة قرر أن التمييز عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه . وهو من جهة أخرى قرر أن هذا التمييز لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . ولكل من هذين المبدأين نطقه الخامس . ويتمتع على الجمع بينهما ما أتى : (١) إذا صدر تمييز من الموجب ، ومات هذا قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر ، فإن التمييز يبقى قائماً ولهذا الطرف الآخر أن يقبل الإيجاب . ولكن هذا القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل هو أيضاً إلى علم الموجب ، وهذا قد مات فلا يتم العقد . (٢) إذا صدر قبول من الطرف الآخر ومات هذا ، بقى قبوله قائماً ، ومضى وصل إلى علم الموجب تم العقد . لكن إذا مات الموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه ، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد .

[حالة وفاة من وجه إليه الإيجاب : هذه حالة لم تتناولها المادة ٩٢ مدنى ، وقد اختلف فيها الفقه ، فحزب يرى البطلان أنه لا يجوز للورثة القبول (عبد النعم الصمد ص ٩٤) . وفريق البطلان يرى الوفاة الحاصلة قبل تلقى الإيجاب فيسقط الإيجاب ، وبين الوفاة الحاصلة بعد تلقى الإيجاب فيجوز للورثة القبول ما لم تكن شخصية الورثة محل اعتبار (سليمان مرقس فقرة ٨٣ ص ١١٦ — عبد الحى حجازى ص ٥٢٧) . وتأس على الوفاة حالة قد أهلية] .

§ ٢ — النيابة في التعاقد (*)

(التعبير الصادر من النائب)

٨٣ — **تمهيد :** التعبير الصادر من النائب — من حيث إنه تعبير عن الإرادة — يخضع لجميع القواعد التي أسلفناها ، فيكون صريحاً أو ضمنياً ، ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، وينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ولا يسقط بموت النائب أو فقد أهليته ، كل ذلك على التفصيل الذي قدمناه . وهو — من حيث إنه تعبير يصدر من النائب لا من الأصيل — يقتضينا الكلام في نظرية النيابة .

والنيابة (représentation) هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصرافه الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه ^(١) .

(*) بعض المراجع الرئيسية : ديموج في الالتزامات ١ ص ٨٩ — ١٥٥ — بلانيول وريير وإسمان ١ ص ٥٤ — ٦٧ — يلون (Pilon) رسالة من كان (Caen) سنة ١٨٩٨ — أودينو (Audinot) في النيابة الفاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — كوريسكو (Corbesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — بولاند (Boland) رسالة من لياج سنة ١٩٢٧ — بوبسكو رامنيانو (Pobesco Ramnicéano) رسالة في النيابة في القانون المقارن سنة ١٩٢٧ — كلاريز (Clarise) رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ مجلة التشريع المقارن سنة ١٩٢٨ ص ٩٠ وما بعدها — الترجمة الفرنسية للقانون الألماني الجزء الأول ص ٢٠١ — ٢٤٢ — نظرية العقد المؤلف ص ٢٠٦ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ٧٥ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو سقيت ص ٩١ وما بعدها ، الدكتور سليمان مرقس ص ١٥٨ وما بعدها — الدكتور أنور سلطان ص ٤٦ وما بعدها — الدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ١٣٩ وما بعدها .

(١) إذا كانت النيابة تبدو في القانون الحديث تضاماً متطابقاً معقولا ، فإن الأمر لم يكن كذلك في القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستصحب على فكرة النيابة ، ولم تلم بها إلا تدريجاً وفي حدود معينة :

كان القانون الروماني يترف من قديم بنبابة الابن والبعد عن رب الأسرة ، ولكن في جعله دائماً لامديناً . ثم أخذ يترف بنبابتها في جعل رب الأسرة مديناً أيضاً ولكن في حدود معينة . أما غير الابن والبعد فلم يكن له أن ينوب عن غيره من لا يخضع لسلطته لا دائماً ولا مديناً . فإذا وكل شخص آخر في عمل ينوب به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل برجم عليه ، وكذلك الموكل لا يعرف إلا الوكيل ، ولم تكن هناك علاقة مباشرة بين الغير والموكل . ثم تطور القانون فصار للغير دعوى قبل الموكل مع استبقاء دعواه الأصلية قبل الوكيل ، ما لم يكن النائب وكيلاً بحكم القانون كالوصي والقيم ، فقد كان يعطى دعواً لدعوى الغير ، وفي هذه الحالة كان الغير لا يستطيع الرجوع إلا على الأصيل فكانت النيابة كاملة . أما أن يعطى الموكل دعوى قبل الغير ، أي أن يصبح الشخص دائماً بوكيل ، فهذا ما لم يتم في القانون الروماني إلا في

والنيابة — بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها — تكون إما نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق ، كما في الولي والوصي والقيم والسنديك والحارس القضائي والفضولي والدائن الذي يستعمل حق للدين . وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ، ويتحقق هذا في عقد الوكالة^(١) .

والفكرة الجديدة التي اهتمت إليها الفقه الحديث في موضوع النيابة هي أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأي القديم الذي كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقصد شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذي يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل ، وذلك بالقدر الذي لا يتلقى فيه النائب من الأصيل

== حالات معينة منها حالة النيابة القانونية . وفي الوكيل هو الدائن للغير ، ويؤدي بعد ذلك حساباً للموكل فيكون مبدأ له (أنظر جيار من ٦٧٨ ، ص ٦٩٠ — وانظر في القانون الفرنسي القديم بريسو (Brissaud) ص ١٤٤٢ وما بعدها) .

وفي الشريعة الإسلامية اختلفت المذاهب في هذا الموضوع . فأبو حنيفة يرجع حكم العقد إلى الموكل ، أما حقوق العقد فترجع إلى الوكيل ، وهو في هذا قريب من القانون الروماني على النحو الذي تقدم . والشافعي يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل ، وهو في هذا يتفق مع القانون الحديث (أنظر البدائع ٦ ص ٣٣ — ص ٣٤) .

(١) وقد ينظر إلى النيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يضمن على النائب صفة النيابة . فتكون قانونية كما في الولي ، فإن القانون هو الذي يبين الأولياء . وتكون قضائية كما في الوصي والقيم والحارس القضائي ، فإن جهة قضائية هي التي تختار هؤلاء . وتكون اتفاقية كما في الوكيل ، فإن العقد هو الذي يبينه . ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى المصدر التي يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر التي يضمن صفة النيابة . وتكون نيابة كل من الولي والفضولي والدائن نيابة قانونية بالعين معاً . وتكون نيابة كل من الوصي والقيم والحارس والسنديك نيابة قانونية بالمعنى الأول ونيابة قضائية بالمعنى الثاني .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصين أحدهما من المشروع التمهيدى لوضوح حكمهما . فكانت المادة ١٥٥ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتي : « يجوز التعاقد بالإسالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » . وكانت المادة ١٥٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ١ — النيابة اتفاقية أو قانونية . ٢ — يحدد التفويض الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عند ما تكون النيابة اتفاقية ، فإذا كانت قانونية فالقانون هو الذي يحدد تلك السلطة » . (أنظر في هذا وفي المذكرة الإيضاحية لهذين النصين المحضرين بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ — ص ٩١) .

تعليمات محددة فيقصد كما تلقاها ، إذ يكون في هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصل لا عن إرادته هو^(١) . والخصوصية في التعبير الذي يصدر من النائب مترجماً عن إرادته هو أن

(١) وكان الفقه التقليدي — وعلى رأسه أعلام من الفقهاء من أمثال سافيني ولايه وبلانيول وجي — يذهب إلى أن النائب يقتصر شخص الأصل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وقد هجر الفقه الحديث هذا الرأي ، وهو يذهب الآن إلى أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل . وهذا الرأي الجديد يبرز ما يميز النيابة من طابع جوهرى ، فالنائب يعبر عن إرادته هو ، ومع ذلك ينصرف أثر هذه الإرادة لا إليه بل إلى الأصل .

أما الزمى التقليدى الذى كان يذهب إلى أن النائب يعبر عن إرادة الأصل فقد كان قائماً على ضرب من الإقتراض القانونى ، إذ يفترض أن الأصل لا النائب هو الذى أبرم العقد مع الغير وأن إرادة النائب ليست إلا لإرادة الأصل . وإذا أمكن أن تصور هذا في حالة الوكالة عندما يصدر الموكل للوكيل تعليمات جلمعة مائة يسر بموجبها ولا يجوز أن يتصرف عنها ، فيكون الوكيل إذ ذاك أقرب إلى أن يكون رسولا ، فإن هذا صعب التصور في حالة ما إذا كان الوكيل مفوضاً في أن يتصرف برأيه ، حيث يبدو في وضوح أن الإرادة هي إرادة الوكيل ومع ذلك ينصرف أثرها إلى الموكل ، بل يتصور تصور هذا في حالة الفصول وهو يتصرف دون إذن من الأصل ودون علمه ، فالإرادة لا شك لإرادة الفصول والأثر ينصرف إلى الأصل . ويتصور تصور هذا بوجه خاسر في حالة الولاية والوصاية والقوامة ، حيث يستحيل القول إن الإرادة هي لإرادة المحجور لا لإرادة الولى ، إذ إرادة المحجور ناقصة بل قد تكون معدومة ، ومن أجل هذا فرضت عليه النيابة . ويتصور تصور هذا إطلاقاً في حالة الحارس القضائى . فهو ينصرف في المال الموضوع تحت حراسته بإرادته هو لا بإرادة الأصل^(٢) ، وينصرف غالباً رغم إرادة الأصل .

ومن ثم تحول الفقه الحديث كما قلنا — يفوده أعلام من الفقهاء من أمثال إهرنج وديموج وكايتان وبولانجيه ورواست ويولون — إلى القول بأن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل . ويحل يولون كيف تكون الإرادة لإرادة النائب وينصرف أثرها من ذلك إلى الأصل بأن الالتزام لم يعد ، كما كان في القانون الرومانى ، رابطة بين شخصين ، بل هو رابطة بين ذمتين ماليتين . وإذا صعب أن تصور أن إرادة شخص محل إرادة شخص آخر ، فإنه لا يصعب تصور أن إرادة شخص ينصرف أثرها إلى مال شخص آخر . ويؤخذ على هذا التحليل أنه يفصل ما بين الشخص وذمة المالية ، وأنه إذا صلح في النيابة على جميع المال كما في الولاية والوصاية فإنه لا يصلح في تصرف معين حيث يقتصر أثر النيابة على شيء معين بالذات . وقد أورد الفقهاء لبنى إلمهان وبويسكو رامبيناو تحليلاً آخر ، فقالوا إن النيابة وصف من أوصاف التصرف القانونى كالعطف والأجل ، فالصرف القانونى البسيط تكون الإرادة فيه لإرادة المتصرف وينصرف أثر الإرادة إليه ، أما في التصرف القانونى للوصوف بوصف النيابة فالإرادة لإرادة النائب وينصرف أثرها إلى الأصل بتسليم من الأصل نفسه أو من القانون . ويرد على هذا الرأي بأن الوصف أمر عارض يأتي بعد أن يتشكل التصرف كل مقوماته ، أما النيابة فهي تتصل بصميم التصرف القانونى إذ تبين طرف العقد الذى ينصرف إليه أثره وهذا ركن من أركان العقد وليس بأمر عارض . ومن ثم قام فقهاء — (ميتس في ألمانيا وكوريسكو في فرنسا وارتوتزى في إيطاليا) — يقولون إن الأمر ينصرف إلى الموكل بشتراك إرادته مع إرادة الوكيل ، أما في النيابة القانونية فالقانون محل إرادة النائب محل إرادة الأصل . وذهب كلارز إلى أن إرادة النائب =

== وحدهما أو مشتركة مع إرادة الأصل — هي التي تعدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) أما التي يخلقها الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وضمه الأصل فهي لإرادة الأصل في النيابة الاضائية والقانون ذاته في النيابة القانونية ، ويرى ماوريه أن القانون وإن كان هو الذي يرب الأثر وصرفه إلى الأصل ، إلا أن القانون في ذلك لا بد أن تحركه الإرادة ، والإرادة التي حركته هي الإرادة المشتركة للنائب والأصل في النيابة الاضائية وإرادة النائب وحده في النيابة القانونية . وينصب حلمي بهجت بدوى إلى أنه في النيابة الاضائية تشترك إرادة الأصل مع إرادة النائب في إتمام العقد ، أما في النيابة القانونية فالمقد يتخذ بإرادة النائب وحده . ويتخذ جالي مرسى بدر نظرية اشتراك الإرادتين ويقول بأن إرادة النائب وحده هي التي ترم العقد (أنظر عرضاً شاملاً لهذه الآراء المختلفة في رسالته في النيابة في الصرافات القانونية ص ٤٤ — ص ٧١) . وقد بين في وضوح أن التقنين المدني المصري الجديد أخذ بنظرية إرادة النائب لا بنظرية اشتراك إرادتي النائب والأصل في كتابه «دراسات في النظرية العامة للنيابة : حول مفروض العهد الدولي لتوحيد القانون الخاص» ص ١٥٠ . أما ديجي الفقيه الفرنسي المعروف فيذهب إلى أن الصعوبة في المسألة قد غلقت من جراء ربط الأثر القانوني بالإرادة ، في حين أن القانون وحده لا الإرادة هو الذي يرب الأثر القانوني ، وقد رتب القانون على إرادة النائب آثاراً تصرف إلى الأصل .

وبعد استعراض كل هذه المناقشات الفقهية ، نقرر أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل ، وإرادته وحدها يتخذ العقد دون أن تشترك مع إرادته إرادة الأصل . ولكن النائب مع ذلك يكسب الأصل حقاً أو يرب في ضمه إلزاماً . ذلك لأننا خرجنا عن نطاق القاعدة الرومانية الضيقة التي كانت تقضي بأن أثر الإرادة لا ينصرف إلا إلى صاحبها — وهذا ما كانت الشكليات في القانون الروماني تقتضيه في فكرة الرابطة الشخصية للالتزام — إلى نطاق قاعدة أوسع تقضي بأن الإرادة ، بعد أن تحررت من قيودها بالنسبة إلى الموضوع ، تتحرر أيضاً من قيودها بالنسبة إلى الأشخاص ، فينصرف أثرها إلى غير صاحبها ، وسنرى مثلاً آخر لذلك في الاشتراط لمصلحة الغير .

ونلاحظ هنا أموراً ثلاثة : (١) إننا لا نتول كما يقول ديجي إن الإرادة لا ترتب أثراً والقانون هو الذي يرتبه ، بل نحن نقول إن الإرادة هي التي ترتب الأثر ، وهي هنا ترتب أثراً بعيد المدى يمتد صاحبها إلى غيره . (٢) إن الإرادة هنا لا تقتصر على إنشاء حق للغير كما فعل في الاشتراط لمصلحة الغير ، بل هي أيضاً ترتب التزاماً في ضمة الغير على عكس ما سنرى في العهد عن الغير ، وذلك أن الضرورات العملية اقتضت هذا في النيابة ولم تقتض في العهد عن الغير . (٣) إذا انصرف أثر الإرادة — حقاً أو التزاماً — إلى الغير في النيابة الاضائية وجب أن يكون ذلك بتسليم من الغير نفسه ، وقد يكون هذا التسليم سابقاً كما في الوكالة ، وقد يكون لاحقاً كما في إقرار الموكل ما يجاوز حدود الوكالة . وانصرف أثر الإرادة إلى الغير في الاشتراط لمصلحة الغير هو أيضاً بتسليم من الغير نفسه ، وقد يكون التسليم سابقاً كما في الوكالة ، وقد يكون لاحقاً كما في إقرار الموكل ما يجاوز حدود الوكالة . وانصرف أثر الإرادة إلى الغير في الاشتراط لمصلحة الغير هو أيضاً بتسليم لاحق .

ونخلص من كل ذلك أن النائب يعبر عن إرادته هو ، فينصرف أثر هذه الإرادة إلى الغير ، بتسليم من الغير في النيابة الاضائية ، وبمحكم القانون في النيابة القانونية .

(أنظر فيما قدمناه مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٥ ص ٢٩٢ — ص ٢٠٦ . — وسنعود إلى المسألة في الجزء السابع من الوسيط عند الكلام في الوكالة وهي من أهم مصادر النيابة .)

هذا التعبير ينتج أثره لا في شخص صاحبه كما هو الحال في كل تعبير عن الإرادة ، بل في شخص غيره وهو الأصيل .

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة ، ولها آثار خاصة . وقد ينوب شخص واحد عن طرفي العقد فتحل إرادته محل إرادتهما معاً ، أو يتعاقد أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره ، فيبدو في الفرضين أن الشخص يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نفرد لها بالذكر .

فتتكمّل إذن في مسائل ثلاث : (١) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (ج) تعاقد الشخص مع نفسه .

(١) شروط تحقق النيابة

٨٤ — مصدر هذه الشروط : حتى تكون هناك نيابة يجب :

(أولاً) أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل .

(ثانياً) وأن تجري إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة .

(ثالثاً) وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

الشرط الأول — حاول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

٨٥ — النائب والرسول : تقدم القول أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فهو ليس بمجرد وسيط بين الأصيل والغير يقتصر على نقل إرادة كل منهما إلى الآخر ، وإلا كان رسولا (messenger) . وهناك فرق بين التعاقد بنائب والتعاقد برسول . ففي الحالة الأولى يتعاقد الأصيل بنائب عنه ، ويعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة النائب فلا يصح أن يكون مجنونا أو غير مميز ، ويمتد بالعيوب التي تلتحق هذه الإرادة . أما في الحالة الثانية فالأصيل يتعاقد بنفسه ، والتعاقد يكون بين غائبين حتى لو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد ،

والعبارة بإرادة الأصيل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة فيصح أن يكون مخجونا أو غير مميز مادام يقدر مادياً على نقل هذه الإرادة ويستطيع تبليغ الرسالة صحيحة ، ولا ينظر في عيوب الرضاء إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل .

٨٦ — العبارة بارادة النائب وبقيته : ومن ذلك نرى أن مجرد الوساطة لا تكفى لتحقيق النيابة ، بل يجب لتحقيقها أن يكون النائب معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه . ويترتب على ذلك : (١) أن عيوب الرضاء ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل . فإذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال ، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصيل لم يشبها عيب من هذه العيوب . كذلك يعتد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصبح إرادته من تعاقده معه معيبة . وإذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصيل فإنه يؤثر كذلك في صحة العقد ، لأن التدليس والإكراه يؤثران في صحة العقد ، حتى لو وقعا من الغير فأولى أن يؤثر في صحة العقد إذا وقعا من الأصيل . (٢) أن حسن النية وسوءها يتلمان عند النائب لا عند الأصيل ، وذلك في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثراً على ذلك . فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر ، فلا يجوز لدائني هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوى البوليصة . أما إذا كان النائب سيئ النية وتواطأ مع المدين المعسر ، فللدائنين الطعن في التصرف حتى لو كان الأصيل حسن النية .

وقد ينظر في بعض الفروض إلى نية الأصيل . ويتحقق ذلك إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل . فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك ، فلا يجوز في هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيب . ذلك لأن في تمسك الموكل بدعوى العيب إساءة لاستعمال النيابة ، فهو يحتج بحسن نية وكيله ، ويتمسك بجهل الوكيل بظروف كان يعلمها هو . وهذا تحايل لا يصح أن يقره القانون ^(١) .

(١) جمال مرسي بدر — دراسات في النظرية العامة للنيابة : حول مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون —

وقد أورد القانون الجديد كل هذه الأحكام ، فنص في المادة ١٠٤ على ما يأتي :

« ١ — إذا تم القيد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً . »

« ٢ — ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقًا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » ^(١) .

== الحاشية ٧ من ١٥ — وفاز ديموج ١ بقرة ١٤٧ — ١٥٠ ، حلى بهجت بدوى ص ٧٩ — ص ٨٠ ، أحمد حشمت أبو ستيت ص ٩٣ — ص ٩٤ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : « يكونه شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في صحة التعبير عن الإرادة ، ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب في الإرادة ، أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها » ولما عرض على لجنة المراجعة ، اقترح استكمال الحكم بما يسمح في بعض الأحوال بأن يستند بإرادة الأصل إلى جانب إرادة النائب ، وقدمت المادة في المشروع النهائي تحت رقم ١٠٧ بالنسبة الآتى : « ١ — إذا تم القيد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها . ٢ — ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقًا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان يستطيع أن يعلمها » . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٧ . ووافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص بعد تعديل جاء عنه في تقريرها ما يأتى : « عدلت العبارة الأخيرة في الفقرة الأولى فاستعيز عن التعبير « بوجوب العلم بها » بالتعبير « بافتراض العلم بها حتماً » ، حتى تكون دلالة النص أضيق . وعدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية تعديلًا يمتشى مع ما تقرر بالنسبة إلى الفقرة الأولى » . وأصبح رقم المادة ١٠٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلها اللجنة .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ليست الأحكام الواردة في هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة في النيابة القانونية . فما دامت إرادة النائب هي التي تنشط لإبرام القيد بجميع ما يلابسها من ظروف ، فيجب أن ينط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصل . وعلى هذا النحو يكون للعيوب التي تلحق إرادة النائب أثرها في التعاقد . فإذا انزع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس ، كان القيد قابلاً للبطالان لمصلحة الأصل ، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب . أما فيما يتعلق بالظروف التي تؤثر في الآثار القانونية لتعاقد فيجب أيضاً أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصل ، وعلى ذلك يجوز أن يعلن بالدعوى البوليصية في بيع صادر من مدين مفسر تواطؤاً مع نائب المشتري ولو أن الأصل ظل بمنزل عن هذا التواطؤ » . ==

ولم يكن في القانون القديم مقابل لهذا النص ، ولكن القضاء والفقه في مصر كانا يعملان دون نص بمقتضى هذه الأحكام^(١) .

٨٧ — أما الأهلية فينظر فيها لمؤصيل : ولا يؤخذ من أن النائب إنما يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره نيابة عن الأصيل . ذلك لأن العقد إذا كان ينمقذ بإرادة النائب فإنه ينتج أثره في شخص الأصيل ، فالأصيل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد^(٢) .

وإذا كانت الأهلية تشترط في الأصيل ، فهي لا تشترط في النائب كما قدمنا . فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه في بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف^(٣) . ولكن النائب يجب أن يكون أهلاً لأن تصلحه إرادة مستقلة لأنه يعبر عن إرادته هو ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً . ولكن إذا كان الوكيل قاصراً جاز له أن يطلب إبطال عقد الوكالة ، فلا يرجع الموكل عليه إلا بدعوى الإجراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة^(٤) .

== (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ — ٩٤) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٥ (مطابق) — اللبي م ١٠٤ (مطابق) — العراقي لا مقابل — اللبناني لا مقابل .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٧٧ — نظرية العقد للمؤلف
نقرة ٢٠٦ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦١ . والعبرة في توافر الأهلية في الأصيل بالوقت الذي يباشر فيه النائب العقد ، فلو أن الأصيل لم يكن أهلاً لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل وكان أهلاً له وقت مباشرة الوكيل للعقد ، صح العقد . ولا يصح إذا كان الأصيل أهلاً وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز لسفيه المحجور عليه أن يكون وكيلاً عن الغير ، ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله (٨ يونيو سنة ١٩١٥ مجموعة الرسمية ١٦ ص ١٤٨) .

(٤) ويلاحظ أنه إذا اختار الوكيل الناصر أن يبطل عقد الوكالة ، فإن نيابته المستمدة من هذا العقد تبطل بطلان العقد ، ويصح أن يتقلب إلى فضولى إذا توافرت شروط الفضالة . هذا وقد جاء في المذكرة ==

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية . فإن القانون في هذا النوع من النيابة هو الذى أضفى على النائب صفته ، وهو الذى يعين أهليته وأهلية الأصيل ، فيجوز أن يكون الأصيل قاصراً — مميزاً أو غير مميز — كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ، ويتحقق هذا في الوصاية والقوامة .

الشرط الثانى — استعمال النائب إرادته فى الحدود المرسومة للنيابة :

٨٨ — مجاوزة النائب لحدود نيابته : وإذا كان النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة فى حدود نيابته ، وهى الحدود التى عينها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل .

على أن العمل ينتج استثناء أثره بالنسبة إلى الأصيل إذا كان الغير الذى تعامل مع النائب حسن النية ، أى لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حدود نيابته^(١) . مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة ، كعملاء التأمين ومديرى الشركات وكلاء الوائى ، وأن يكون العمل الذى قام به يدخل عادة فى حدود نيابته . ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة فى يد النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الذى انتهت نيابته مطمئناً إلى هذا السند^(٢) .

== الإيضاحية المفروغ التمهيدى ، فى صدد توافر الأهلية فى الأصيل دون النائب ، ما يأتى : « وعلى تقيى ما تقدم يمتد فى الحكم على الأهلية بخصى الأصيل دون النائب . فإذا كان الأصيل أهلاً لتعاقد بالأصالة ، صح تعاقد النائب عنه ولو لم يكن هذا النائب كامل الأهلية . وقد يكون مصدر النيابة فى الصورة الأخيرة وكالة ، فإدام النائب غير أهل لتعدها ، كان عقد الوكالة وحده قابلاً للجلان » . (مجموعة الأعمال التخصيرية ٢ ص ٩٢) .

(١) [أنظر فى هذا الموضوع بحثاً للدكتور عبد الباسط جيمى بعنوان « الوكالة الظاهرة » فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (التى تصدرها كلية حقوق عين شمس) السنة ٥ ص ٢٨٣ وما بعدها] .
(٢) وكان المفروغ التمهيدى يشتمل على نص يقول للغير أن يطلب من النائب صورة من سند نيابته ، فكانت للادة ١٥٨ فقرة ثانية من هذا المفروغ تنص على ما يأتى : « ولين تعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابه ، فإذا كانت النيابة ثابتة بقصد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توحيه » . وفى هذا النص والمفروغ التهانى وفى المفروغ الثانى وافق عليه مجلس النواب . ولا عرض ==

وقد اشتمل التفتين الجديد على نصين هما تطبيقان للبدا المتقدم . (أولهما) هو الخاص بحالة انقضاء النيابة وكان النائب ومن تعاقده معه مجهلان هذا الانقضاء . فنصت المادة ١٠٧ على أنه «إذا كان النائب ومن تعاقده معه مجهلان معاً وقت القصد انقضاء النيابة ، فإن أثر القصد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصل أو خلفائه »^(١) . مثل ذلك أن

== على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قررت هذه اللجنة حذفه ، « إذ اعترض عليه بأنه لا فائدة منه إطلاقاً ، على أن سند النيابة قد يكون عرفياً ، فإذا أريد الإبقاء على هذه الفقرة فيجب أن ينس فيها على أن يكون سند النيابة رسمياً ، لا سيما أن لهذه المادة مقابلاً في القانون الحالي وهي المادة ١٨٨ مدني — وكانت المادتان ١٨٨/٥٦٤ من القانون القديم تقضيان بلحق لمن يماثل الوكيل في أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل — ولما تبين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها لأن الشخص الذي يتعاقده مع نائب عن الغير تقضى عليه الظروف بالاحتياط والحكمة في معاملته ، فقد يكتفي بسند عرفي ، وقد يصر على طلب سند رسمي ، وقد يصرف النظر عن هذا وذاك ، فلرجع في هذا الموضوع إلى رغبة المتعاقدين مع النائب عن الغير . وجاء في تقرير اللجنة : « حذفت الفقرة الثانية من هذه المادة لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ، في القواعد العامة ما ينفي عن النص عليها . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها اللجنة . أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ، ص ٩٥ — ص ٩٧) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للنص المحذوف ما يأتي : « فإذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها ، كان لمن تعاقده معه بناء على ثقته في هذا السند حق التمسك بالنيابة . ويستوى في هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت القصد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلاً بهذه الواقعة . وقد روعي في تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصل في عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ — ص ١٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « مادام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر القصد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، ينصرف إلى الأصل وخلفائه ، كما لو كانت النيابة لا تزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذي تعاقده معه النائب مجهول هو أيضاً أن النيابة قد انقضت » . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة أقرتها بعد أن بدلت عبارة « ينصرف إلى الأصل » بعبارة « يضاف إلى الأصل » ، وأصبح رقم المادة ١١٠ في للمشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١٠ . وعدلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ صياغة المادة إلى الوجه الذي استقرت عليه في القانون حتى يكون النص أوضح دون مساس بمبوهر الحكم ، وأصبح رقم المادة ١٠٧ . ووافق مجلس الشيوخ على للمادة كما عدتها اللجنة — هذا ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « قد تقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، كما إذا كان مجهول موت الأصل أو إلغاء التوكيل ، فإذا تعاقده هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة ، كان تعاقده ملزماً للأصل وخلفائه . وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبغي للعمليات من أسباب الثقة والاستقرار » . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ — ص ١٠٤) . =

يعزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت الأصيل .
(النص الثاني) ورد في عقد الوكالة ، إذ تنص المادة ٧٠٣ على ما يأتي : « ١ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها للرسمية . ٢ - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يطلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة » .

٨٩ - إقرار الأصيل لهذه المجاوزة : فإذا جاوز النائب حدود النيابة ولم ينتج العمل الذي قام به أثره في حق الأصيل في إحدى الصور للتضمة الذكـر ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضولياً لعدم توافر شروط القضاة ، اعتبر الأصيل أجنبياً عن هذا العمل . ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كان له محل .
ولكن قد يقر الأصيل العمل المجاوز لحدود النيابة ، فيصبح كأنه قد تم في حدودها ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار ^(١) .

الشرط الثالث - تعامل النائب باسم الأصيل :

٩٠ - الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) : ولا يكفي أن يكون النائب معبراً عن إرادته في حدود النيابة ، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل . فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة ، وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل

١ - وقابل النص في القوانين المدنية العربية الأخرى : السورى ١٠٨ م (مطابق) - الليجى ١٠٧ م (مطابق) - المراق لا مقابل - اللباني لا مقابل .

(١) فلو كان النائب وكيلاً وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول له نصب نفسه وكيلاً بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هي معقولة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل .

بالموكل ، وهذا هو ما يعرف بالإسم المستعار أو المسخر . ومن ثم يضاف أثر العقد إلى الوكيل دائماً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذى تم بينهما .

ومع ذلك يضاف أثر العقد إلى الأصل في حالتين : (١) إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة . (٢) أو كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصل أو النائب وقد اشتملت المادة ١٠٦ من القانون المدني الجديد على هذه الأحكام . فنصت على ما يأتى : « إذا لم يعلن الماقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل ، دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب » (١) .

٩١ — التعاقد باسم الوكيل : فيجب إذن وقت أن يتعاقد النائب مع الغير أن

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « إذا لم يعلن الماقد وقت تمام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فلا ينصرف أثر العقد مباشرة إلى الأصل ، دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب » . فأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ١٠٩ من المشروع التام . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٩ — وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، استعفى عن عبارة « إلا إذا كان يستفاد من الظروف » بعبارة « إلا إذا كان من المفروض حتماً » ، وأصبح رقم المادة ١٠٦ — ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٩٨ — ص ١٠١) .

ويقابل النص في الفتايات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٧ (مطابق) — اللي م ١٠٦ (« مطابق ») — العراق لا مقابل — اللبناني لا مقابل .

واظفر أيضاً المادة ٣٢قرة ٢ و ٣ من قانون الالتزامات السويسرى . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتى : « وقد استحدثت للمشروع بالتبلى هذا النص من تعين الالتزامات السويسرى حكماً عاماً يطابق أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو المسخر ، وهى التى قضى بانصراف أثر العقد إلى النائب أو المسخر ، فلا تنطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان لا يستوى عنده التعامل معه أو مع من فوضه » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٩٦) .

هذا ويلاحظ أن الفصول ، وهو نائب نيابة قانونية عن رب المصل كما قلنا ، إذا عمل باسمه لا باسم رب العمل ، فإن الأمر ينصرف إليه هو لا إلى رب المصل ، تطبيقاً للبداً التقدم المذكور .

يتعامل باسم الأصيل وحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها ، أو قد تفهم ضمناً من الظروف كما إذا باع مستخدم بضاعة مخلومه في محل هذا المخلوم ، وكان خادم يتعاقد عن سيده ، وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها .

والتعاقد باسم الأصيل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذي يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل ، ولكن الغير يتعامل معه في شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والمقد لا يتم ، لامع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ولكن إذا كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل ، أضيف المقد إلى الأصيل في الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦ ، وقد تقدم ذكرهما .

(ب) آثار النيابة

٩٢ — **العلاقة فيما بين النائب والغير :** النائب يعمل باسم الأصيل كما قدمنا ، فأثر المقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها المقد ، إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ المقد كما ثبتت له في إبرامه . كذلك لا يقوم في ذمة النائب التزام بالمقد . ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالمقد ، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطئه ، حتى إذا قصر في أداء مهمته صار مسئولاً عن هذا التقصير ، إما نحو الغير الذي تعاقد معه ، وإما نحو الأصيل نفسه ، وإما نحو الاثنين معاً .

٩٣ — **العلاقة فيما بين النائب والأصيل :** يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة : الوكالة أو القانون .

٩٤ — **العلاقة فيما بين الأصيل والغير :** تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ويختفى شخص النائب من بينهما . فهما للتعاقدان ، وهما اللذان ينصرف إليهما أثر المقد . وهذه هي الخطوة التي وقف دونها القانون الروماني . وهي الخصيصة المميزة للنيابة في القوانين الحديثة ، انتهى إليها منطق النيابة في تطورها ، وقضت بها النصوص الصريحة

تقد نصت المادة ١٠٥ من القانون المدني الجديد على أنه « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصل »^(١).

فيكسب الأصل الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويطالب الغير بها دون وساطة النائب .

كذلك يكسب الغير الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويرجع بها مباشرة على الأصل .

(ج) تعاقد الشخص مع نفسه *

٩٥ — **نقطة عامة :** متى سلمنا أنه يجوز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« ١ — إذا أبرم النائب عقداً في حدود نيابته وباسم الأصل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى الأصل مباشرة . ٢ — ولئن تعاقد مع النائب أن طالب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب ، فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل بعمل توقيعه » . فأقرت لجنة المراجعة المادة بعد تعديلات لفضة ، وأصبح رفقها ١٠٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٨ . ولما عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وافقت اللجنة على الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فقد قررت حذفها للأسباب التي تقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة ١٠٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها اللجنة (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٩٥ — م ٩٧) . وبقابل النص في القوانين المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٠٦ (مطابق) — الليبي م ١٠٥ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبناني لا مقابل .

وانظر أيضاً المادة ٣٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداده به فيما يتعلق بأعمال العقد ضلي القيس من ذلك ينبغي أن يرجع إلى الشخص الأصل وحده عند تعيين مصير آثاره . فالأصل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في التعاقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم في شأن النيابة » . (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٩٥ — م ٩٦) .

* جنس المراجع : بلانويل وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ — فقرة ٧٤ — ديموج ١ فقرة ٤٠ — فقرة ٨٨ — جوجيه في تعاقد الشخص مع نفسه ، رسالة من كان سنة ١٩٣٠ — موريل في الوكيل =

أمكن أن نسل أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه ، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين ، فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه . ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة هي إرادة ذلك الشخص وقد حلت محل إرادتين ^(١) .

وقد اختلفت الشرائع في موقفها من هذه المسألة . فمنها ما يحرم في الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ، كالتقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي والشريعة الإسلامية والشريعة الإنجليزية والقانون الفرنسي والقانون المصري القديم . ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة . فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحت في فروض معينة ، والشرائع التي أباحت حرمة في ظروف استثنائية ، وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين ، خضوعاً لمقتضيات الحياة العملية ، أن تقربت الشرائع التي تحرم ، من الشرائع التي تبيح .

٩٦ — تعاقد الشخص مع نفسه في التقنين القديم : لم يرد في التقنين القديم نص عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه أو يبيحه . فنزع الفقه إلى الاجتهاد ، وميز بين أن يكون

— بالصورة كطرف آخر في العقد ، رسالة من ليل سنة ١٩٠٤ — فالبارسكو في تعاقد الشخص مع نفسه (مقال في مجلة القانون المدني ربيع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٢٢٦ وما بعدها) — الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ١٨١ م ٢٣٩ — ص ٢٤٢ — فيقورونوف في العقود والمشروع الفرنسي الإيطالي وفي القانون المقارن ص ٥٠٤ — ص ٥٢٤ — نظرية العقد للمؤلف ص ٢٢٦ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ١٢٢ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو سقيت ص ٩٧ وما بعدها .

(١) ومن هنا حرمت بعض الشرائع تعاقد الشخص مع نفسه لأن نظرية النيابة تقضي بأن النائب إنما يبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل ، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد ، سواء كان نائباً عن كل منهما أو نائباً عن أحدهما وأصيلاً عن نفسه ، يخلطنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية معاً أمام إرادة واحدة لا إرادتين . ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين .

أما أنصار الإباحة فيقسمون إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقي توافقت فيه القبول مع الإيجاب ، ولكن شخصاً واحداً هو الذي عبر عن كل من الإيجاب والقبول طبقاً لنطق نظرية النيابة (بلانول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ ص ٨٨) . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوي إلا على إرادة منفردة جعلها القانون تنتج أثراً (ديموج ١ فقرة ٤٢ — فقرة ٤٣) ، ونحن نعمل على ترجيح هذا الرأي الثاني . (أنظر رأياً آخر للدكتور حلمي بهجت بدوي يشتمل على رأيي الذي سبقت الإشارة إليه من اشتراك إرادة الأصل وإرادة النائب في إمضاء العقد إذا كانت النيابة اتفاقية ومن جعل أثر العقد حكماً من أحكام القانون إذا كانت النيابة قانونية في مؤلفه « أصول الالتزامات » ص ١٢٤ — ص ١٢٥) .

الشخص الذى يتعاقد مع نفسه ينوب عن أحد طرفي العقد ويتقدم أصيلاً عن نفسه وأن يكون نائباً عن الطرفين . ذلك أنه جل العبرة في منع هذا التعاقد أو إباحته وجود خطر يهدد مصلحة الأصيل أو اندام هذا الخطر ، فيمنع التعاقد عند تحقق الخطر ويباح عند انتفائه . ومن هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره . فالخطر متحقق في الحالة الأولى بالنسبة إلى بعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه فتمتنع مباشرة هذه العقود ، أما بالنسبة إلى العقود الأخرى فتجوز مباشرتها . ولا يتحقق الخطر في الحالة الثانية إلا في بعض عقود استثنائية كالصلح ، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا في هذه الحالات الاستثنائية^(١) .

٩٧ — تعاقد الشخص مع نفسه في التفتين الجبريد : أما التفتين الجديد فقد أورد نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا بعض الحالات . إذ قضت المادة ١٠٨ بأنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة »^(٢) .

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٢٣١ — ص ٢٣٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦١ من المشروع التمهيدى مع اختلاف لفظي بسيط . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مماثلاً لنص المادة ١٠٨ ، وقدمته تحت رقم ١١١ في المشروع التمهيدى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١١ . وفي لجنة القانون الذى يجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عن الجزاء على مخالفة نص هذه المادة ، فأجيب بأنه لا يترتب على مخالفة الإعلان وإنما لا يمنع العقد على الأصيل . وتساءل عضو آخر هل الترخيص السابق يضي عن الإجازة اللاحقة ، فكان الجواب بالإيجاب . واعترض على تحريم تعاقد الشخص مع نفسه بأن هذا يخالف القاعدة التقليدية ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن القانون يشترط لتمام العقد تقابل لإرادتين ، ولا ينطوى تعاقد الشخص مع نفسه إلا على إرادة واحدة ، فلما أن يكون الشخص وكذا عن اثنين فيكون هناك تضارب في المصالح ، ولما أن يكون الشخص أصيلاً عن نفسه وكذا عن غيره فيكون التضارب أكبر ، فذلك نص على عدم إمكان تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . وقد وافقت اللجنة على بقاء المادة كما هي تحت رقم ١٠٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (بمجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ١٠٥ — ص ١٠٨) . ويقابل النص في التفتينات المدنية الرعية الأخرى : السورى م ١٠٩ (مطابق) — الجي ١٠٨ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللباني لا مقابل . واضطر في هذه المسألة المادة ٣٧ من المشروع الفرنسى للإبطال .

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز ، سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلًا في بيع مال فاشتره لنفسه^(١) ، أو تعاقد لحساب غيره وهو نائب عن طرفي العقد كما لو كان موكلًا في بيع مال فاشتره لشخص وكله في الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض في الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصوليين ، وهو في الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل في كلتا الحالتين^(٢) .

وهناك رأى يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه في التقنين الجديد قابل للإبطال لمصلحة الأصل ولذلك ترد عليه الإجازة ، وقد تقرر هذا بمقتضى نص خاص . وقد كنا من القائلين بهذا الرأى وقررناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٣) . ولكن تبينا بعد التأمل أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا أناب عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الإنابة إلى حد أن يبيع

(١) وهذا التطبيق الخاص وردت فيه نصوص صريحة في القانون الجديد . فقد نصت المادة ٢٧٩ على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما يئط به ييه بموجب هذه النابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى » . ونصت المادة ٢٨٠ على أنه « لا يجوز للسامرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء باسمهم أم باسم مستعار » . (ويلاحظ هنا أن السمار والخير أنزلا منزلة النائب لاتحاد الملة) وجاء في المادة ٢٨١ : « يصح القند في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجزه من تم البيع لحسابه » .

(٢) [استئناف القاهرة ٣٠ مارس سنة ١٩٥٨ المجموعة الرسمية ٥٧ ص ٢٦٤] . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين : فقد يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقداً بالنابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصل . وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين في آن واحد ، وفي هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكم منه إلى معنى النابة » . وغنى عن البيان أن مصلحة الأصل لا تيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥ — ص ١٩٦) .

(٣) وقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : « ولهذه الملة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة الأصل ... ومن الواضح أن البطلان التفرع في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

لنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ، ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً في حق الأصيل إلا إذا أجازته . وهذا ما يقضى به صراحة نص المادة ١٠٨ .

على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدماً للنائب في التعاقد مع نفسه . وفي هذه الحالة يعمل النائب في حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، ويكون عمله نافذاً في حق الأصيل . وهذا ما صرح به أيضاً المادة ١٠٨ سالفه الذكر .

وتنقض هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بمجاوز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانوني ما قضى به قانون الولاية على المال في المادة ١٤ منه من أن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

ومثل ما تقضى به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري^(١) .

ويستخلص مما قدمناه أن الجزاء في تعاقد الشخص مع نفسه لا يلمس في نظرية البطلان ، بل في نظرية مجاوزة النائب لحدود نيابته .

المطلب الثاني

توافق الإرادتين

٩٨ — التمييز بين حالتين : لم يمرض التقنين القديم بنص إلى هذا الموضوع الذي

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويجوز أن تقضى بنص نصوص التصريح أو بنص قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه . فمن ذلك إباحة تعامل الوكيل مع ولده وفقاً لأحكام الفريعة الإسلامية ، وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لتقواعد القانون التجاري » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

يعد من أدق موضوعات العقد ، بل ترك الأمر فيه للفقه والقضاء . وهذا بخلاف التقنيات الحديثة كالتقنين الألماني وتنين الالتزامات السويسرى والمشروع الفرنسى الإيطالى ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية ، نسج على منوالها التقنين الجديد ، وهى تبين كيف يصدر الإيجاب ومتى يكون ملزماً ، وإلى أى وقت ، وكيف يقترب به القبول ، سواء أكان للمتعاقدان حاضرين مجلس العقد أم كانا غير موجودين فى مجلس واحد . ونستعرض كلا من هاتين الحالتين : (١) حالة ما إذا ضم المتعاقدان مجلس واحد (٢) وحالة التعاقد فيما بين الفائتين .

§ ١ — المتعاقدان فى مجلس واحد

٩٩ — الإيجاب والقبول : تقدم أنه لا بد لتمام العقد من صدور إيجاب من أى من المتعاقدين ؛ يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر . فتكلم فى مسائل ثلاث : (أولاً) صدور الإيجاب (ثانياً) اقترانه بالقبول (ثالثاً) حالات خاصة فى القبول .

(١) صدور الإيجاب

المراحل التى يمر بها الإيجاب :

١٠٠ — المفاوضات : من يصدر منه الإيجاب لا يستقر به رأى فى العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات^(١) قد تطول . ويعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه . كأن يضع إعلاناً ينبئ أنه يعرض منزلاً للبيع أو أو للإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة . وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار ، فلا يعد إيجاباً بل تفاوضاً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن

(١) هناك عقود تتم عادة دون مفاوضات تستبها ، منها : العقود الآلوفية فى الحياة اليومية كمن يأكل فى مطعم أو يتزل فى فندق أو يشتري صحيفة ، والعقود التى تبرم دون سابق مفاوضات فى الحياة التجارية وهى تقتضى السرعة فى البت والتعامل ، وعقود الإعلان وهى تتميز بالإيجاب بات فى بادئ الأمر يعقبه إذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لا بد منه على ما سترى .

هناك اعتبار لشخصية التعاقد عد هذا إيجاباً . وكان للشروع التمهيدى يشتمل على نص (م ١٣٤) يقضى بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً ، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض^(١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعد إيجاباً باتاً ، بل يكون من قبيل المفاوضات ، أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة^(٢) .

والقانون لا يرتب فى الأصل على هذه المفاوضات أثرًا قانونيًا ، فكل مفاوض حر فى قطع المفاوضات فى الوقت الذى يريد . ولا مسئولية على من عدل ، بل هو لا يكلف إثبات أنه قد عدل لسبب جدى وليست المفاوضات إلا عملاً مادياً لا يلزم أحداً . لذلك لا يعد السمسار نائباً لأنه إنما يمهّد للمفاوضات وهى عمل مادى لا عمل قانونى .

على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسئولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه . ولكن للمسئولية هنا ليست مسئولية تعاقدية مبنية على العدول بل هى مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ^(٣) . والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذى أصابه ضرر من العدول ، فإذا أثبت مثلاً أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها ، أو كان جاداً ولكن لم يخطر به بالعدول فى الوقت المناسب ، وانبنى على ذلك أن فاته صفقة رابحة ، كان له الحق فى المطالبة بتعويض .

١٠١ — **الإيجاب المعلق** : وقد تنتهى المفاوضات إلى إيجاب معلق ، كأن يعرض شخص التعاقد بشمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار ، فيكون

(١) وقد سبق الإشارة إلى هذا التمس عند الكلام فى التعبير الصريح والتعبير الضمني (أنظر فترة ٧٦) ، وبيننا هناك أن هذا التمس قد حذف فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نس عليه .

(٢) ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ — أنظر أيضاً حكماً آخر فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤ . [قضى مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفس ١ رقم ٥٦ م ٢٠٣] .

(٣) [عبد الحى حجازى مصادر الالتزام ص ٤٧٦ والمراجع التى أشار إليها] .

الإيجاب الذى صدر منه بالتمن الذى عينه معلقاً على شرط عدم تغير الأسعار ، أو أن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كية محدودة يعين ثمنه فيتم العقد مع من قبل أولاً وترامى الأسبقية فى القبول حتى ينفذ الشيء . ومن هذا يبين أن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة ، ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذى علق عليه^(١) .

١٠٢ — **الإيجاب البات** : فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً . وتقرر ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائى هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، فيفصل فيه قاضى الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه^(٢) .

القوة الملزمة للإيجاب :

١٠٣ — **فى التقنين القديم** : لم يرد فى التقنين القديم نص يبين ما إذا كان اللوجب يبقى ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقتزان القبول بالإيجاب . فكان القضاء يذهب إلى أن اللوجب أن يعدل عن إيجابه ما دام الإيجاب لم يقترن بالقبول^(٣) . ولكنه مع ذلك ذهب إلى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم اللوجب بالبقاء على إيجابه طول هذا الأجل سواء حدد الأجل صراحة أو ضمناً ، وبني هذا لا على أساس الإرادة المنفردة بل على أساس أن هناك عقداً تم بين اللوجب والموجب له يلزم الأول بالألا يعدل عن إيجابه للمدة المحددة ، وقد تم هذا العقد بقبول ضمنى من اللوجب له أو بسكوته لأن هذا الأجل فى مصلحته^(٤) . وذهب القضاء أيضاً إلى أن عدول اللوجب عن إيجابه فى وقت غير مناسب

(١) [قضى مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٢ من ١٨٦] .

(٢) [عبد الحى حجازى مصادر الالتزام من ٤٧٥] .

(٣) استئناف مخطوط فى ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ من ١٠١ — وفى ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ من ٣٢٢ — وفى ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ١٥٦ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ١٤٧ — وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ٢١٣ — وفى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ من ٣٢ — وفى ١٣ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ٨٨ .

(٤) استئناف مخطوط فى ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ بورلى بك م ٣٠١ قرة ٥ — وفى ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ١٠٠ — وفى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٦٢ .

قد يجعل الموجب له حقاً في التعويض على أساس المسؤولية التصديرية^(١).

أما الفقه فكان يقول أيضاً مع القضاء بأن الإيجاب يلزم مدة الأجل، ولكنه كان يتقلب في تفسير هذه القوة الملزمة بين هذه النظريات الثلاث: نظرية الإرادة المفردة، ونظرية العقد الضمني، ونظرية المسؤولية التصديرية^(٢).

١٠٤ — في التفسير الجبرم: وأتى التقنين الجديد فأقر الوضع على أساس نص تشريعي. قضت المادة ٩٣ بما يأتي: « ١ — إذا عين ميعاد للقبول ألزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. ٢ — وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة »^(٣). فالإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب طبقاً لنص التقنين الجديد. ولم نعد بعد هذا النص في حاجة إلى البحث عن الأساس الذي تقوم عليه هذه

(١) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٣ رقم ١٧.

(٢) أنظر كتاب « نظرية العقد » للمؤلف ص ٢٤٤ — ص ٢٤٦.

(٣) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٣٠ من المشروع التمهدي على الوجه الآتي: « ١ — إذا حدد ميعاد للقبول ألزم الموجب بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. ٢ — وقد يستخلص الميعاد ضمناً من الظروف أو من طبيعة التعامل ». وفي لجنة المراجعة اقترح أن يكون التزام الموجب لا بإيجابه بل بالبناء على إيجابه، فإن هذا أدق في الدلالة على المعنى المقصود، فوافقت اللجنة على ذلك، كما أدخلت بعض تعديلات لفظية، وأصبح رقم المادة ٩٥ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٥. ووافقت عليها كذلك لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣. (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٣٦ — ص ٣٨).

وكان المشروع التمهدي يشتمل على نص يسبق هذا النص جاء فيه ما يأتي: « كل من صدر منه إيجاب يلزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلزم بإيجابه » (م ١٢٩ من المشروع التمهدي). وحذف هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بالنص الذي استبقى في حالة الإيجاب المقترن بأجل، إذ أن هذه الحالة هي وحدها التي تظهر فيها الفائدة العملية من القول بالصفة الملزمة للإيجاب. أما إذا لم يقترن الإيجاب بأجل، فيمكن القول بأنه لو كان النص المحذوف قد استبقى لأعاد أن الموجب يبقى في هذه الحالة ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة المفقولة، وحذف النص جملة غير ملزم. ولكن الفائدة العملية من هذا القول تكاد تكون معدومة (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٣٠).

وقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: السوري م ٩٤ (مطابق) — الليبي م ٩٣ (مطابق) — العراقي م ٨٤ (موافق) — اللبناني م ١٧٩ (موافق).

القوة الملزمة ، فالنص صريح في أن الإيجاب وحده هو الملزم ، أى أن الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقاً لنص القانون ، وهذه هى إحدى الحالات التى نص التقنين الجديد على أن الإرادة المنفردة تكون فيها مصدراً للإلزام .

ويكون تحديد الميعاد الذى يبقى فيه الإيجاب ملزماً صريحاً فى الغالب . ولكن يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً من ظروف التعامل أو من طبيعته . فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى ^(١) . وإذا صدر الإيجاب لنائب دون أن يحدد ميعاد للقبول ، فإن الموجب يبقى ملتزماً إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر ^(٢) . فهنا أيضاً يوجد ميعاد ضمنى ، إذ قضت طبيعة المعاملة ، والإيجاب قد صدر لنائب ، أن يترىص الموجب مستقبلاً بإيجابه إلى أن ينقضى الميعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول إليه فيما لو كان الموجب له قد أرسل هذا القبول دون إبطاء لا تبرره الظروف ومع افتراض أن الإيجاب قد وصل فى الميعاد المقرر لوصوله ^(٣) .

ويبقى الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه المدة التى حددها ^(٤) ، ما لم يكن إيجابه

(١) هذه العبارات مأخوذة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢

ص ٣٧) .

(٢) وقد كانت المادة ١٣٢ من المشروع التمهيدى تجرى على هذا الوجه ، وحذفت فى المشروع النهائى اكتفاءً بتطبيق التواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠) . ويلاحظ أننا اتخذنا فى هذا الفرض من تعاقب إصدار الإيجاب فى الحاضر فى مجلس العقد إلى تعاقب إصدار الإيجاب فيه لنائب .

(٣) أنظر فى مثل ثالث لتحديد ميعاد للقبول تحديداً ضمناً محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ .

هذا وتقديم عطاء فى مناقصة متى وصل إلى علم من وجه إليه العطاء — والعلم هنا يقع على تقديم العطاء فى ذاته ولا يشمل مضمون العطاء لأن هذا يكون سرياً كما تقتضى بذلك طبيعة المعاملة — يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه حتى قبل فسخ الظاريف ، لأن الإيجاب قد اقترن بأجل ضمنى هو الميعاد الذى حدد لإرساء العطاء .

(٤) [ويضم من ذلك أنه لا يعتد بهدوله ، بل ينقذ العقد بالرغم من هذا المدول متى تم القبول ، (عبد الحى حجازى ص ٤٦٠ — ص ٤٦١)] .

قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المدة كما سيأتى .

أما إذا لم يحدد الموجب أية مدة للقبول ، فإن إيجابه يبقى قائماً ، ولكنه لا يكون ملزماً ، بل يجوز له الرجوع فيه أى وقت شاء ما دام أنه لم يقترن بالقبول .

ومن ثم نتبين أن الإيجاب قد يكون قائماً ملزماً ، وقد يكون قائماً غير ملزم ، فالقيام غير الإلزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

سقوط الإيجاب :

١٠٥ — الإيجاب القائم الملزم : فإذا كان الإيجاب قائماً ملزماً فإنه يسقط في

حالتين :

(الحالة الأولى) هى أن يرفض الموجب له الإيجاب ، فيسقط حتى لو لم تنقضى المدة التى يكون فيها ملزماً ، ويتخذ رفض الإيجاب صوراً مختلفة ، فهو تارة يكون رفضاً محضاً وطوراً يكون قبولاً يتضمن تعديلاً فى الإيجاب (م ٩٦ وسياقى ذكرها) ، وثالثة يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

(الحالة الثانية) هى أن تنقضى المدة التى يكون فيها الإيجاب ملزماً ، فيسقط ، وينتهى الإلزام والقيام فى وقت واحد . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يظل للموجب مرتباً بإيجابه فى خلال اليعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد ، سواء فى ذلك أن يصدر الإيجاب لنائب أو لحاضر . فإذا انقضى اليعاد ولم يصل القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن قد ما توافر له من الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المقول لنية الموجب ، فهو يقصد ألا يجزى إيجابه قائماً إلا فى خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور ~~سقوط الإيجاب~~ ^{انقضاء الإيجاب} بعد انقضاء اليعاد ولو أنه يصبح غير لازم ، ولكن مثل هذا ~~يظهر~~ ^{يظهر} ~~بأنه~~ ^{بأنه} ~~يكون~~ ^{يكون} ~~مع ما ينطب~~ ^{مع ما ينطب} فى حقيقة نية الموجب . ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب ~~عند انقضاء اليعاد~~ ^{عند انقضاء اليعاد} ~~يسكت~~ ^{يسكت} اعتبار القبول التاخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو رأى الذى أخذ به المشروع فى نص لاحق .

١٥ — مصادر الالتزام

وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يتميز في كيانته عن الوعد بالتعاقد ، فالأول لإرادة منفردة والثانى اتفاق لإرادتين «^(١) .

١٠٦ — الإيجاب القائم غير الملزم : وإذا كان الإيجاب قائماً غير ملزم -- وهذا لا يكون إلا في التعاقد ما بين حاضرين في مجلس العقد -- فإنه يسقط أيضاً في حالتين :
(الحالة الأولى) إذا عدل عنه الموجب قبل انقضاء مجلس العقد .
(الحالة الثانية) إذا انفض مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب .
وسنرى تفصيل كل ذلك عند الكلام في مجلس العقد (أنظر م ٩٤)^(٢) .

١٠٧ — القبول بعد سقوط الإيجاب : وإذا سقط الإيجاب على النحو الذى قررناه فيما تقدم ، فكل قبول يأتى بعد ذلك يكون متأخراً ، ولا يعتد به على اعتبار أنه قبول لإيجاب سابق . ولكن يصح كما رأينا أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول الذى سقط ، فإذا قبله هذا تم العقد .

نرى ذلك في حالة ما إذا رفض الإيجاب بقبول يتضمن تعديلاً في الإيجاب أو بإيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول : ونرى ذلك كما قدمنا في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء المدة التى يكون فيها الإيجاب ملزماً^(٣) . ونرى ذلك أيضاً في حالة ما إذا صدر قبول

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٣٦ — وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٦٢ .

(٢) كان المشروع التهديد يشتمل على نس بعدد الحالات التى يسقط فيها الإيجاب ، فكانت المادة ١٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يسقط الإيجاب : ١) إذا انقضت صفته للزمة قبل أى قبول ٢) إذا رفضه من وجه إليه ٣) إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد عارضه بإيجاب آخر » ، ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة قررت حذفها لأنها تشتمل على تضاد يحسن تركه لافقه (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤٠ ص — ٤١ ص فى الهامش) .

(٣) أنظر في حالة وصول القبول متأخراً ، سواء لأنه صدر بحيث يصل في الميعاد ولكنه وصل متأخراً بالفعل أو صدر بحيث لا يمكن أن يصل في الميعاد ، نظرية العقد للوئلف ٢٥٣ حاصية رقم ٢٠١ . هذا وقد كانت الفترة الأولى من المادة ١٤١ من المشروع التهديدى تجري على الوجه الآتى : « يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد . ومع ذلك إذا كان القبول قد أرسل في الوقت المناسب ، ولكنه =

بعد عدول الموجب عن إيجابه . ونرى ذلك أخيراً في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء مجلس العقد . ففي هذه الحالات الأربع — وهي الحالات التي رأينا أن الإيجاب يسقط فيها — إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا يعتد به قبولاً ، ولكنه يعدل إيجاباً جديداً .

(ب) اقتران الإيجاب بالقبول

١٠٨ — المبدأ الذي يصح فيه القبول — مرة قيام الإيجاب : يصح القبول مادام الإيجاب قائماً . وقد عددنا فيما تقدم الحالات التي يسقط فيها الإيجاب . ونستخلص منها أن الإيجاب المقترن بأجل للقبول صريح أو ضمني يبقى قائماً طول مدة الأجل ، سواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين . فيجوز في أي وقت في خلال الأجل أن يصدر القبول فيقترن به الإيجاب .

أما إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد ، ولم يقترن الإيجاب بأجل للقبول ، فإن الإيجاب يبقى قائماً — ويجوز أن يقترن بالقبول — مادام مجلس العقد لم ينفذ^(١) . فإذا انقض سقط الإيجاب وامتنع القبول .

١٠٩ — مجلس العقد : يبقى الآن أن نبين ما هو المقصود بمجلس العقد . جاء هذا التعبير في المادة ٩٤ من القانون المدني الجديد ، وهذا نصها :

== وصل إلى الموجب بعد الميعاد ، وكان الموجب ينوي ألا يرتبط بهذا القبول ، وجب عليه ، إن علم أن القبول رغم تأخره في الوصول قد أرسل في الوقت المناسب ، أن يحضر الطرف الآخر فوراً بتأخر القبول ، فإذا تهاون في الإخطار اعتبر القبول غير متأخر . وباء في المذكرة الإيضاحية لهذا النص ما يأتي : « ويجب التفريق بين القبول الذي يرسل بعد انقضاء الميعاد المحدد له وبين القبول الذي يرسل في الوقت المناسب ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب . فالقبول الثاني دون الأول هو الذي يرتب على عاتق الموجب ، إذا انصرفت نيته إلى عدم الارتباط به ، الالتزام بأن يحضر الطرف الآخر فوراً بذلك . فإذا تهاون في الإخطار وأصبح التأخير بذلك منسوباً إلى خطئه ، فيعتبر أن القبول قد وصل في الوقت المناسب . » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة قررت حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩ — ص ٣٩) .

(١) [أنظر مثلاً لعدم اقتران القبول بالإيجاب فلا ينقذ العقد حكم محكمة النقض المدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المجموعة الرسمية ٥٢ رقم ٥٩ ص ٨٧] .

« ١ — إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يحصل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل . »

« ٢ — ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، وإذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد »^(١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « إن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره . وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر . وقد أخذ المشروع في هذه الصورة عن المذهب الحنفي قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي تقع بين الإيجاب والقبول . وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد »^(٢).

ويتبين من هذا أن الموجب له ، إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً (كما في التعاقد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد (فيها عدل فروفاً لفظية طفيفة) . ولا تلي النص في لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع أخذ بنظرية مجلس العقد في الفقه الإسلامي على أن يكون مفهوماً أنه لم يرد الإنسان في وجهة النظر المادية التي تراها عادة في كتب الفقه . فوافقت اللجنة على النص بعد تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ٩٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٦ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تسأل أحد الأعضاء عما إذا كان من الممكن الاستثناء عن الفقرة الثانية من المادة فأجيب بالنفي لأن تلك الفقرة تعالج حكم القبول إذا صدر قبل ارفض مجلس العقد . وقد وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على المادة تحت رقم ٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩ — ص ٤٤) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٩٥ (مطابق) — الليبي م ٩٤ (مطابق) .. العراق م ٨٢ (موافق) — اللبناني م ١٨٣ (موافق) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧ .

بالتليفون أو بأى طريق مماثل) ، يجب عليه كبدأ عام أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب ، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول . وهذا الوضع — وهو مأخوذ من القوانين الحديثة^(١) — يقتضى أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط ، وفي هذا من الضيق والحرص ما لا يخفى . فإلطف القانون الجديد من حدة هذا الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية ، وجعل الإيجاب يبقى قائماً ما دام مجلس العقد لم ينفذ . ومجلس العقد هو المكان الذى يضم المتعاقدين . وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادى للمكان ، بل الملحوظ هو الوقت الذى يبقى فيه المتعاقدان منشغليين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر . فإذا اجتمع شخصان فى مجلس واحد ، وأصدر أحدهما إيجاباً للآخر ، فليس من الضروري أن يكون القبول فوراً ، بل يجوز أن يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحاً بشرطين : (الشرط الأول) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد . فإذا انصرف أى منهما إلى شيء غيره اعتبر مجلس العقد قد انفض ، وسقط الإيجاب . و (الشرط الثانى) أن يبقى الموجب على إيجابه فلا يرجع فيه أثناء المدة التى يبقى فيها مجلس العقد قائماً .

ولا شك فى أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولاً ، ولم تعد الفورية فى القبول لازمة ، بل يجوز فيه التراخى مدة معقولة لا ينشغل فيها التعاقد بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه . وهذا هو فى نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامى فى مجلس العقد^(٢) .

(١) أنظر المادة ٤ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ١٤٧ فقرة ١ من التقنين الألمانى .

(٢) نحن هنا نأخذ بالمذهب الحنفى وهو المذهب الذى قصد اثنتين الجديد أن يستمد منه فى هذه المسألة . وقد اختلفت المذاهب مع الشافعية فى ذلك . فالحنفية يرون كما قدمنا جواز القبول ولو تراخى عن الإيجاب ما دام قد صدر فى مجلس العقد . أما الشافعية فيشترطون الفور فى القبول ، فإذا لم يصدر القبول فوراً سقط الإيجاب ولو لم يرجع فيه الموجب . ولكنهم فى الوقت ذاته يقولون بخيار المجلس ، فيجوز للموجب له أن يرجع فى قوله قبل انقضاء مجلس العقد . ومن ثم أصبح مذهب الشافعى ، بفضل هذه الصياغة الفنية ، معقولاً ، وأصبح الفرق بينه وبين المذهب الحنفى محدود الذى من الناحية العملية . فالحنفية =

يقولون إن الوجوب له يستعمل أن يؤخر قبوله إلى ما قبل انعقاد المجلس ، والشافعية يقولون بل يجب أن يقبل فوراً ، ولكنه يستعمل الرجوع في قبوله إلى ما قبل انعقاد المجلس . أما المذهب المالكي فيشترط الفورية كالذهب الشافعي ، ومنع خيار المجلس كالذهب الحنفي ، وهذا هو مذهب القوافين الحديثة . ولم يمتحز التفتين الجديد لما ينطوى عليه من ضيق وحرَج .

ونقل هنا بعض ما جاء في البدائع في هذه المسألة : « وأما الذي يرجع إلى مكان المقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد . فإن اختلف المجلس لا ينقد ، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بسل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينقد لأن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس ، لأنه كلما وجد أحدهما انضمم الثاني من زمان وجوده ، فوجد الثاني والأول منضم فلا يتنظم الركن ، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع ، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً ، وجعل المجلس جامعاً لـلـشـطرين مع تفرقهما للضرورة ، وحق الضرورة بصير مقضياً عند اتحاد المجلس ، فإذا اختلف لا يتوقف . وهذا عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينقد الركن بملونه . وجه قوله ما ذكرنا من أن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالفور . ولنا أن في ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لا يمكن التأمل » (البدائع ٥ ص ١٣٧) .

هذا التحليل الرائب هو الذي وقف عنده . ولا تجاري المذهب الحنفي بعد ذلك في تصويره مجلس المقد تصويراً مادياً ضيقاً يخرج به عن مقتضيات الحياة . وهذا بعض ما جاء في البدائع في صدد هذا التصوير الضيق : « وعلى هذا إذا تبايعا وما يمشيان أو يسيان على دابتين أو على دابة واحدة في عمل واحد ، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انقعد ، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينقد ، لأن المجلس تبدل بالمشي والسير وإن قل ... ولو تبايعا وما وافقان انقعد لاتحاد المجلس . ولو أوجب أحدهما وما وافقان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينقد ، لأنها لما سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول ، فلم يجتمع الشطران متصلين أو منفصلين ، بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة ، لأن جريان السفينة بمرير الماء لا يبحرأه ، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافاً إليه فلم يختلف المجلس ، فأشبه البيت . بخلاف المشي والسير . أما المشي فظاهر لأنه فله ، وكذا سير الدابة مضاف إليه ، ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت ، فاختلف المجلس بغيرها » (البدائع ٥ ص ١٣٧) .

ونرى من ذلك أن فقهاء الحنفية يشترطون اتحاد المجلس الحقيقي ، ثم يقبلون المسألة على وجوهها المنطقية فيخلص لهم أنه إذا اختلف المجلس بالنقل الاختياري (المشي أو السير على الدابة) لا ينقد البيع ، أما إذا اختلف بالنقل غير الاختياري (جريان السفينة) ينقد . وفي هذا ذهب بالنطق إلى أبعد مدى ، وفيه من المخرج في الصامِل ما لا يخفى ، إذ يجتمع على شخصين يمشيان أو يسافران على دابة أو على غيرها من وسائل النقل أن يتصافيا لاختلاف المجلس ، مع أنه لا يوجد ما يدعو إلى الوقوف عند الاتحاد الحقيقي للمجلس ، فيكفي الاتحاد الحسكي ، وقد أثر فقهاء الحنفية هذا الاتحاد الحسكي في النقل غير الاختياري للضرورة ، والضرورة ذاتها هي التي تفضي علينا أن نكتفي بالاتحاد الحسكي في النقل الاختياري أيضاً . =

١١٠ — لا تختم في القبول : ومتى قام الإيجاب ولم ينقض اليماد الذي يصح فيه القبول ، فإن الموجب له يكون بالخيار بين قبول الإيجاب أو رفضه ولا يتختم عليه أن يقبل ، وإلا قام العقد على الإيجاب وحده .^١

ومهما يكون من بداهة هذا الحكم ، فإن ظروفًا قد تجمل الموجب له ملزمًا بالقبول ويتحقق ذلك إذا كان هو الذي دعا للموجب إلى التعاقد معه . وقد كان للشروع التمهيدى يشمل على نص في هذا المعنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه « يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة »^(١) .

والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالتجار في النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطارق ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعاتهم . فإذا استجيب هذه الدعوة إلى التعاقد ، كانت الاستجابة إيجابًا يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع . وقد علت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم العادل بما يأتي : « وليس هذا الأثر القانوني إلا نتيجة للحالة التي أنشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقًا من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعماله . على أن الإساءة في هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الإخص ، وهزم خصوصية تسترعى الانتباه . وقد تعمد المشروع إغفال تعيين الجزاء الذي يترتب على

وقد أراد شارح المجلة الأستاذ سليم باز رفع المخرج في حالة يكثر وقوعها وهي السفر بالسكة الحديدية ، فذكر في هذه المسألة ما يأتي : « أما لو تبايعا وحما في السفينة فانه يصح لكون السفينة كالبيت فلا يتدخل المجلس بحرياتها لانهما لا يمكن إيقافها (مطاولى عن التهر) ، قلت ومثل السفينة سكة الحديد » (شرح المجلة لسليم باز ص ٨٦) .

الرفض التام ، فنقل هذا الرفض يترتب مسئولية لا شك فيها . فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال إذا كان هذا الجزاء كافياً . ويجوز للقاضي في بعض الفروض أن يذهب إلى ما هو أبعد ، فيعتبر أن المقدد قد تم على سبيل التعويض إذا كان في الظروف ما يوجب ذلك ^(١) .

١١١ — كيف يطالب القبول الموجب : وإذا كان الموجب له لا يتحتم عليه القبول على النحو الذي قدمناه ، إلا أنه إذا اختار أن يقبل وجب أن يكون قبوله مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة ، وأن يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب في جميع المسائل التي تناولها الإيجاب . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذا المعنى رؤى حذفه اكتفاء بتطبيق المبادئ العامة فكانت المادة ١٣٧ من هذا المشروع تنص على أنه « لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن هذا العقد . أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين ، حتى لو أثبت هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة » ^(٢) .

على أنه ليس من الضروري لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألة . فقد نصت المادة ٩٥ من القانون الجديد على ما يأتي : « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الهامش . وقد جاء أيضاً في المذكرة الإيضاحية في صدر النشرات والإعلانات التي يوجهها التجار إلى الجمهور ما يأتي : « وقد تقدم في الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر في الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب . فليس ينصرف حكم النص في الصورة التي يواجهها إلى الإيجاب النهائي اللزم الذي ينتقل إلى ارتباط تعاقدى متى اقترن به القول ، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب . والاستجابة لهذه الدعوة هي التي تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً ، تمتاز عما عداها من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦ . أنظر أيضاً محكمة استئناف أسبوط في ٣ يولية سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٢٧٣ ص ٨٠٥ .

أن القعد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، وأعتبر القعد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة^(١) . والذي يسترعى النظر في الحالة التي جاء فيها هذا النص هو أن المتعاقدين قد حددا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلاً للاتفاق فيما بعد ، وبالرغم من أنهما لم يتفقا عليها بعد ذلك ، إلا أن القعد يعتبر قد تم . والذي يبرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل ليست جوهرية في القعد ، وأن القانون قد افترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام القعد حتى لو قام خلاف بينهما على هذه المسائل ، مادام أنهما لم يشترطا أن القعد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . ففسيراً لنية المتعاقدين على هذا الوجه المقول أباح القانون للقاضي أن يضي فيما اختلفا فيه طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . وهذا أيضاً أمر يسترعى النظر ، فإن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المؤلف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان ، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه ، فهو إذن يساهم في صنع القعد^(٢) . وبوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة أنه مادام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام القعد ولو لم يتفقا على هذه

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد مع بعض فروق لفظية . ولما تلى في لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق في بعض الأحوال ، فلا يحسن تركه لتقدير القاضي خشية التحكم ، ودارت مناقشة ضوئية حول هذه المسألة ، واستقر الرأي على إبقاء المادة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ٩٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل ، ثم وافق عليها كل من لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ — ص ٤٩) .

ويتقابل النص في التفهيمات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٩٦ (مطابق) — الليبي م ٩٥ (مطابق) المرافق ٢/٨٦ (مطابق) — اللبناني لا مقابل .

أظهر أيضاً المادة ٢ من تقنين الالتزامات السويسرية وللمادة ٦١ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات البولونية .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وفي هذه الحالة يتولى القاضي أمر الفصل في المسائل التفصيلية التي أرجىء الاتفاق عليها ما لم يتراض المتعاقدان بشأنها . وعلى هذا النحو يقسم نطاق مهمة القاضي ، فلا يقتصر على تفسير إرادة المتعاقدين ، بل يستكمل ما قص منها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦) .

المسائل غير الجوهرية ، استتبع ذلك أن نرض أيضاً أنها أرادا أن يحل القاضى محلها ليت فيا اختلفا فيه ، لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل . فإذا اتفق المؤجر والمستأجر مثلا على المسائل الجوهرية فى عقد الإيجار ، فراضيا على العين المؤجرة والأجرة واللدة وسائر الشروط الجوهرية ، واختلفا فيمن يتحمل ضريبة الخفر أو أجرة البواب أو اشتراك المياه ، وهى عادة مبالغ زهيدة ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم إلا إذا اتفقا أيضاً على هذه المسألة التفصيلية ، كان من المستساغ أن يفترض القانون أن المتعاقدين قد أرادا إبرام عقد الإيجار ، وأنها تركا للقاضى أن يبت فى هذه المسألة غير الجوهرية طبقاً للمرف إذا لم يستطيعا هما أن يصلا فيها إلى اتفاق . فالأمر إذن لا يد أن يكون تفسيراً لنية المتعاقدين ، بحيث لو قام دليل على أن نيتهما لم تنصرف إلى ذلك ، وأنها لم يقصدا إبرام العقد إلا بعد الاتفاق الكامل حتى على هذه المسائل التفصيلية ، لوجب استبعاد النص ، ولتحتم على القاضى أن يقضى بأن عقد الإيجار لم يبرم ما دام أن المتعاقدين لم يتفقا على جميع المسائل التى تناولاها ، جوهرية كانت أو تفصيلية^(١) .

فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب على النحو الذى قلناه . أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً ، فإن العقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً . فإذا طلب البائع ثمناً للبيع ألغا تدفع فوراً ، وقبل المشتري أن يدفع الألف على أن يزيد البائع فى المبيع ، أو قبل أن يدفع فى المبيع وحده ثمانمائة ، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط ، لم يتم البيع ، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشتري . وهذا الحكم هو الذى تنص عليه المادة ٩٦ من القانون

(١) ويؤيد ذلك ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهنيدى : « ومهما يكن من أمر ، فينبغ التنويه بأن هذه الأحكام لا تصد أن تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . فإذا تناقض هذا التفسير مع ما أراده المتعاقدان ، بأن اشترطا صراحة أو ضمناً أن يكون العقد باطلاً عند عدم الاتفاق على المسائل التى احتفظ بها ، وجب احترام هذه الإرادة ، ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٧) .

المجديد إذ تقضى بما يأتى : « إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً »^(١) .

(ج) حالات خاصة فى القبول

المادة الأولى - مجرد السكوت قد يكون قبولاً *

١١٢ — المبدأ العام : لا محل للكلام فى السكوت باعتباره معبراً عن الإيجاب ، فإنه لا يتصور أن يكون مجرد السكوت إيجاباً . ولكن هل يجوز أن يكون قبولاً ؟
يمكن القول بوجه عام إن السكوت فى ذاته ، مجرداً عن أى ظرف ملابس له ، لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولاً ، لأن الإرادة عمل إيجابى والسكوت شئ سلبى ، ويقول

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١ من المشروع التمهيدي ، وكانت هذه المادة تشمل على فترتين ، حذفت الفقرة الأولى منهما فى المشروع التامى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سبقت الإشارة إلى ذلك ، أما الفقرة الثانية فجاءت مطابقة للنص الذى ورد فى القانون الجديد . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة ومجلس النواب ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل ، وأصدرت المادة ٩٦ فى القانون الجديد (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٩ — ص ٥١) .
وبقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٧ (مطابق) — الليبى ٩٦ (مطابق) العراق م ١/٨٦ (موافق) — اللبنانى م ١٨٢ (موافق) .
وانظر فى هذه المسألة المادة ١٥٠ من التقنين الألمانى ، وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ ، حازت ١٢ ص ٢٨٥ . [نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٤١] .

* بعض المراجع : بلانول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٠٧ — ديموج و لالانزات ١ فقرة ١٨٥ وما بعدها ٢ فقرة ٥٥٦ — فاليرى فى النقد بالمراسلة فقرة ٢١ وما بعدها وتعليقاته فى دالوز ١٩٠٥ — ١ — ٣٤٥ و ١٩٠٨ — ٢ — ١٠ — ١٩١٣ — ١ — ٢٨١ — جيز فى نظرية العمل السلبى (مجلة القانون العام ١٩٠٥ ص ٧٦٤) — بارولت فى السكوت باعتباره منشأً للالتزامات ديموج ١٩١٢ — كوهن فى النقد بالمراسلة باريس ١٩٢١ ص ١٠٣ وما بعدها — ليني ديموج ١٩٢٧ — كوهن (Cohin) فى العمل السلبى الحاخلى ، باريس ١٩٢٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٤ — فقرة ٤٨ — بنكاز تكملة بودرى ٢ فقرة ٣٩٥ — والتون ١ ص ١٩٧ — م ١٩٩ — نظرية النقد للمؤلف فقرة ١٦٠ — فقرة ١٦٦ — الدكتور حلى يهجت بدوى فقرة ٥٤ — الدكتور حشمت أبو سقيت فقرة ٨٨ .

فقهاء الشريعة الإسلامية : « لا ينسب لساكت قول »^(١) . وليس السكوت لإرادة ضمنية فإن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها كما سبق القول . أما السكوت فهو العدم^(٢) ، وأولى بالعدم أن تكون دلالة الرفض لا القبول . وهذا هو المبدأ العام ، يقول به الفقه والقضاء في مصر وفي غيرها من البلاد^(٣) .

١١٣ — الاستثناء : على أن هذا المبدأ العام يحيد منه استثناءات أقرها القضاء

(١) [انظر م ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية — وحيد الدين سوار في رسالته ص ٢٦٤ — ونفس المعنى يبدآن ٨ ص ٤٨] .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما بآى : « ينبغي التفريق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير الضمنى وضع إيجابى ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى . وقد يكون التعبير الضمنى بحسب الأحوال إيجابياً أو قبولاً ، أما السكوت فن المتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز في بعض الفروض الاستثنائية أن يعتبر قبولاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧) .

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية في مصنعه لا يعد قبولاً أو ترخيصاً من جانبها حتى لو تأخرت الحكومة عن الرد في الميعاد القانونى وحتى لو حصل صاحب المصنع على تصريحات شفوية من بعض الموظفين بأن الحكومة ستعطيه الترخيص المطلوب (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٣) . وكذلك قضت محكمة استئنافية الابتدائية المختلطة في دائرتها التجارية بأن سكوت المشتري أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد على عرض ي عرضه البائع ويشترط فيه شرطاً في صفقة ظلت المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشتري مدة أسابيع عديدة لا يعتبر رضا من المشتري ، بل يجب أن يكون رضاه واضحاً جلياً بعد هذه المفاوضات الطويلة (٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ١٨٧ رقم ٢٧٩) . وقضت المحكمة الفرنسية بأن مجرد سكوت شخص عن الرد على خطاب يخطبه فيه مرسله مسامحاً في شركة معينة ونحوه فيه أنه سجل في حسابه قيمة الأسهم التي احتسبها عليه ، لا يعتبر قبولاً بالاكتمال في الأسهم المذكورة (نقض فرنسى في ٢٥ مايو سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠-١-٢٥٧ وفي ١٨ أغسطس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠-١-٢٥٧) ، وبأن الناشر الذي يرسل لشخص دون سابق اتفاق مجلة دورية لا يحق له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك في هذه المجلة ما دام لم يصدر منه قبول بذلك ، ولا يعتبر قبولاً مجرد امتناع هذا الشخص عن رد المجلة حتى لو ذكر في المجلة أن عدم الرد يعد قبولاً بالاشتراك (محكمة السين الابتدائية في ١٩ أبريل سنة ١٨٩٣ جازيت دى باليه ٩٣-٢-١٦٢ -- محكمة دوه الاستئنافية في ١٠ مارس سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤-٢-١٥٣) . ويلاحظ أن من يتلقى المجلة ويسكت ، إذا كان سكوتة لا يعد قبولاً ، فإن قبوله قد يستخلص ضمناً من أعمال مادية إيجابية يقوم بها ؟ كأن يواظب على تسليم المجلة لقراءتها بانتظام (انظر دى هلفس ١ لفظ (convention) ، فقرة ٦) .

المصرى في ظل القانون القديم ، وأكدها التقنين الجديد في نص صريح قهضت المادة ٩٨ بما يأتي :

« ١ — إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ليُنظر تصرّحاً بالقبول ، فإن المقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب » .

« ٢ — ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه » ^(١) .

فلاستثناء إذن هو أن يعتبر السكوت قبولاً إذا أحاطت به ظروف ملائمة من شأنها أن تجعله يدل على الرضا ^(٢) . هذه الظروف الملازمة ضربها القانون الجديد الأمثلة الآتية :

(١) إذا كان العرف التجارى الذى جرى عليه العمل يقضى بأن السكوت يدل على الرضا ^(٣) ، كما إذا أرسل المصرف بياناً لعميله عن حسابه في المصرف ، وذكر أن عدم

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في التقنين الجديد فيما عدا فروقاً لغوية طفيفة وفيما عدا عبارة وردت في المشروع التمهيدي في آخر الفقرة الثانية نصها كالآتي : « ويكون كذلك سكوت المشتري بعد أن يقبل البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في (الماتورة) من شروط » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد إدخال تعديلات لغوية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ١٠٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على الجزء الأخير من الفقرة الثانية « ويكون كذلك سكوت المشتري الخ » وبعد المناقشة قررت اللجنة بقاء المادة مع حذف هذا الجزء الأخير لأنه يواجه تطبيقاً يحسن أن يترك فيه التقدير للقضاء في كل حالة بخصوصها ، وأصبح رقم المادة ٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٦ — ص ٦٤) .

ويقابل النص في التفتيشات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٩٩ (مطابق) — الليبي م ٩٨ (مطابق) — العراق م ٨٩ (موافق) — اللبناني م ١٨٠ (موافق) .

وانظر فيما يتناول هذا النص المادة ٦ من قانون الالتزامات الويسرى والمادة ١٨٠ من قانون الالتزامات اللبناني .

(٢) ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة التبول لا بالنسبة إلى تمام العقد فحسب ، بل وكذلك بالنسبة إلى إنفاذه أو الإطالة منه (استثنائات مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويجوز أن يحيل عرف التجارة للسكوت شأن التبول . وتفرعاً على ذلك قضى بأنه لا تجوز المنازعة في يوم يعتبر في عرف السوق تاماً ، وفقاً للصروط المدونة في بطاقة أو مذكرة لم يردها الماقد من فوره ، متى كان هذا العرف =

الاعتراض على هذا البيان بعد إقراراً له^(١) ، أو كانت طبيعة المعاملة تقضى بذلك ، كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف في « القانونة » شروطاً مستجدة سكت عنها المشتري ولم يبادر إلى رفضها^(٢) .

(٢) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كما إذا اعتاد عميل استيراد البضائع التي يريد من تاجر بالكتابة إليه فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول . فإذا طلب العميل شيئاً وظل التاجر ساكناً كما دونه كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضاه وأن التاجر سيرسل له ما طلب كما عوده^(٣) . وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ، فيستخلص السكوت قبولاً إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق ، أو معدلاً له ، أو فاسخاً^(٤) .

== يفرض على من يطلب قرض البيع بعد فوات الوقت أن يقيم الدليل على عدم انقضاء العقد ، وهو دليل لا يسوغ للعائد أن يستخلصه من إماله أو خطئه الشخصي (استئناف مختلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢) « مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٩ » .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٩ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٣ — ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ — ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١١ — ويلاحظ أن الأحكام السابقة إذا اعتبرت السكوت موافقة على الحساب المقدم ، فإنها تستثنى حالة الغلط في الحساب والحذف والإضافة والزور وما إلى ذلك ، فثل هنا يصحح .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢ (وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) — قرض فرنسي في ١١ يولي سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٤ — ١ — ١١٧ — وفي ١٥ يولي سنة ١٩٢٦ سيرة ١٩٢٦ — ١ — ٢٦٢ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٠ — ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٥ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٤٨ ص ٥٦ .

(٤) مثل استكمال تنفيذ العقد مشتر لآلات ميكانيكية استنفد الأجل المضروب لفحص هذه الآلات وطلب أجلاً جديداً لفحص تكبيل كان متوقفاً عند البيع ، فله أن يعتبر سكوت البائع رضاه بجمعه هذا الأجل الجديد (قرض فرنسي في ٧ مارس سنة ١٩٠٥ سيرة ١٩٠٥ — ١ — ٤٢٧) . ومثل تعديل العقد ما قصت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا عدل البائع من شروط البيع فلم يضرب بقبول أجلاً جديداً بل جله في أقرب مياد مستطاع ، وسكت المشتري على ذلك ، فسكوته يعتبر رضاه بهذا التعديل (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٣٨ ص ٥٦) . ومثل فسخ العقد أن شخصاً أوصى بكيات كبيرة من القمح من إنجلترا ، ثم نشبت الحرب ، فأخبره المصنع بأنه يستحيل عليه لإرسال ما يطلب بعد أن منعت ==

(٣) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه وسكت هذا ، فيعتبر سكوته رضاء ، كالمهبة التي لا تشترط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت ، وكعارية الاستئجار تعرض على المستعير فيلزم الصمت ^(١) .

وليس فيما تقدم إلا أمثلة لم ترد على سبيل الحصر . فكل سكوت تلازمه ملابسات تدل على الرضاء فهو « سكوت ملابس » ^(٢) (silence circonstancié) ، ويعتبر قبولاً ، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل لحدود الوكالة فإن سكوته إجازة ، وكلاماً للحقيق

= المحكمة الانجليزية تصدر التجم ، فسكت ، ثم عاد بعد ذلك يطالب المصنع بتنفيذ تهده . فقضت محكمة الاستئناف المختطة بأنه بصرف النظر عما إذا كان التزام المصنع أصبح بتنفيذه مستحبلاً بقوة قاهرة ، فإن سكوت المشتري قد جعل المصنع على حق في اعتقاده بفسخ العقد (١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن الشخص الذي يصدر منه لإيجاب بضمان آخر يريد استئجار عين من المحكمة يعد مقيداً بهذا الضمان بمجرد رسو المزارد على من كفهله دون حاجة لقبول الكفالة من جانب المحكمة ، إذ السكوت في هذه الحالة يعتبر قبولاً (١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « أما السكوت فن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز في بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولاً . وقد تناول النص هذه الفروض ، وقل بشأنها عن تعيين الالتزامات الويسرى ضابطاً مرناً يهيء للقاضي أداة عملية للتوجيه فوامها عنصران : أولها التثبت من عدم توقع أى قبول صريح ، وهذه الواقعة قد تستخلص من طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وسننها أو من ظروف الحال . والثانى التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة مقبولة ... ويراعى ... أن انقضاء المياد المقول أو المناسب هو الذى يحدد وقت تحقق السكوت النهائى الذى يعدل القبول ويكون له حكمة ، وفي هذا الوقت يتم العقد . أما فيما يتعلق بمكان الانحداد فيعتبر التعاقد قد تم في المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء المياد المناسب إذ هو يعلم بالقبول في هذا المكان . ولم تعرض التقنيات اللاتينية ، فيما عدا استثناءات خاصة ، لقيمة السكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة . بيد أن التقنيات الجرمانية وغيرها من التقنيات التى تأثرت بها تورد على التقيض من ذلك أحكاماً وإفية في هذا الشأن . ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومناقشتها في النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر إيجاباً أو تعبيراً عن الإرادة . أما السكوت « الموصوف » وهو الذى يرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام فلا يشير لإشكالاً ما ، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه . وليس يبقى بعد ذلك سوى « السكوت الملابس » وهو ما لابه ظروف يعمل معها عمل الإرادة ، فهو وحده الذى يواجهه النص ، محدثاً في ذلك حذف أحدث التقنيات وأرقاها » (مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ٥٧ — ٥٨) .

في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقراراً للبيع . في كل هذا لو كان الساكت أراد أن يعترض لتكلم ، ولكنه سكت في معرض لتكلم ، ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام ، ويقول قضاء للشريعة الإسلامية هنا أيضاً : « السكوت في معرض الحاجة بيان » .

المادة الثانية - تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول :

١١٤ — يعتبر القضاء المصري أن التنفيذ الاختياري للإيجاب يقوم مقام القبول ، فتم المقدم به ، ويعتبر قبولاً ضمناً^(١) . أما الزمان والمكان اللذان يتم فيهما العقد فيتبع في شأن تحديد القواعد العامة إذ لا يوجد نص خاص في ذلك . وتقضى القواعد العامة — على ما سنرى — أن العقد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختياري وفي المكان الذي علم فيه ذلك (م ٩٧) ، ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتاً أو مكاناً آخر ، كأن يتضح من إرادة الموجب أنه قصد أن يتم العقد من وقت التنفيذ وفي مكانه فيقوم الموجب له بالتنفيذ وفقاً لهذه الإرادة .

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذه المسألة ، فكانت المادة ١٤٣ من هذا المشروع تقضى بأنه « إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ، فإن العقد يعتبر قد تم في الزمان وفي المكان

(١) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تنفيذ أحد المتعاقدين لاتفاق رغم وجود بعض مآخذ كانت بوسعه أن يتسكك بها قبل التنفيذ يحول دون طلب القضاء بإبطال هذا الاتفاق أو تعديل شروطه فيما بعد (٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١٣) . وقضت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه يجوز أن يستفاد الرضاء من القيام بعمل من أعمال التنفيذ لا سبيل منه إلى الشك في انصراف نية المتعاقدين إلى أن يوقع العقد على القبول (٦ يولية سنة ١٩١٦ جازيت ٧ ص ١٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن خير طريقة لتفسير العقد تسخّل من التنفيذ التي ارضاه المتعاقدان (١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٣ — ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٨٢) . وقضت أيضاً بأن شركة المياه التي تعاقدت مع مشترك على توريد المياه له على أساس الربط الجزاف لا يجوز لها أن ترمه بدفع ثمن ما يستهلكه على أساس ما يحاسبه العداد ما لم يتم الدليل على أنها ألغت التعاقد على أساس الربط الجزاف (٢١ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠١ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٧) . [أظن نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ — ١٦٤ — ييلان ٨ ص ٤٨] .

الذين بدأ فيها التنفيذ . ويجب في هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ . ولكن هذا النص حذف في المشروع النهائي ، حذفه لجنة المراجعة لأنه « من التفاصيل التي لا ضرورة لها »^(١) . على أن النص لو استبقى لبقى وقت تمام العقد ومكانه محددين بمحصول التنفيذ لا يعلم الموجب به متى اتضح ذلك ، لا من إرادة الموجب لحسب ، بل أيضاً من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف ، ولوجب على الموجب له أن يبادر بإخطار الموجب ببدء التنفيذ ، ولا يكون هذا الإخطار إلا إبلاغاً للقبول الضمني الذي صدر منذ أن وقع البدء بالتنفيذ^(٢) .

المادة الثالثة — الفصول في عقود المزارع :

١١٥ — هناك عقود تتم في بعض الأحيان لامن طريق الممارسة ، بل من طريق المزايدة . وأهم هذه العقود البيع والإيجار . فالبيع الجبري عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد . وكذلك البيوع التي تجريها المحاكم الحسبية . وقد يقع البيع الاختياري كذلك بطريق المزارع إذا اختار البائع هذا الطريق . وكثيراً ما تؤثر الجهات الحكومية

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٥٦ — ٥٧ . وانظر المادة ٣ من المشروع الفرنسي الايطالي .
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يتناول هذا النص حالة تقرب من حالة السكوت . إلا أن التنفيذ الاختياري الذي يكون متقهما على الرد يدخل في نطاق الفصول الضمني . ويراعى أن الإخطار ببدء التنفيذ ليس إلا إبلاغاً للقبول الضمني الذي صدر منذ أن حدث البدء في التنفيذ . فهذا الحادث هو الذي يحدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الصدد دون حاجة إلى انتظار علم الموجب بذلك . وقد استنتجت هذه الحالة كما استنتجت حالة السكوت من حكم القاعدة التي تنص بأن التصاقد ما بين الغائبين يعتبر تاماً في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٥٦ — ٥٧ في الهامش) . ويلاحظ أنه أشير في المذكرة الإيضاحية إلى استثناء حالة السكوت أيضاً من حكم القاعدة التي تنص بأن التصاقد ما بين الغائبين يعتبر تاماً في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا يحتاج إلى تفصيل . فقد رأينا فيما قدمناه في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية أن هذا الاستثناء لا يقوم إلا في تحديد الزمان . أما تحديد المكان فتجربى عليه القاعدة العامة ، ويعتبر التصاقد عن طريق السكوت قد تم في المكان الذي يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد للناسب إذ هو يعلم بالقبول في هذا المكان . على أن الاستثناء بالنسبة إلى زمان العقد ليس إلا استثناء ظاهرياً ، إذ أن السكوت إذا اعتبر قبولا يكون صدوره والملم به حاصلين في وقت واحد ، فلا فرق بين نظريتين الإعلان والملم في هذا الخصوص .

ووزارة الأوقاف وأراضى وعقارات بطريق المزاو . ويعتينا فى العقود التى تم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول . قد يظن أن طرح الصفقة فى المزاو هو الإيجاب ، والتقدم بالمطاء هو القبول . وليس هذا صحيحاً . فإن طرح الصفقة فى المزاو لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بمطاء ، والتقدم بمطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاو ، ويكون هو إرساء المزاو على من يرسو عليه . وهذا هو الذى جرى عليه القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، فقد كان يعتبر التقدم بالمطاء إيجاباً لا قبولاً ، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزاو^(١) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المطاء الذى يتقدم به شخص فى بيع يمرى بالمزاو الذى أمام المجلس المحسى ، ثم يرجع فيه قبل موافقة المجلس ، يعتبر إيجاباً يجب أن يتلقى به قبول أخلىس ويجوز على ذلك الرجوع فيه قبل القبول (٩ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٢٨١) . وقد يشترط من طرح الصفقة فى المزاو صراحة أن له الخيار بلا قيد فى قبول أى عطاء أو رفضه ، فيكون الشرط صحيحاً . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عرضت فى المزاو أرض لتأجيرها على مقضى شروط واردة بفائة المزاو تتضمن أن لأصاحب الأرض الخيار بلا قيد فى قبول أو رفض أى عطاء ، فإن تقدم المطاء ، ومجرد قبول المالك لجزء من التأمين التقضى وتحريره لمصلا عنه لم ينس فيه إلا على أن لأصاحب المطاء ملزم يدفع باقى التأمين فى أجل حدده بكتابة منه على الفائة ولم يشر فيه بشىء إلى حقوق لأصاحب الأرض الواردة فى فائة المزاو ، بل بالعكس أشر على الفائة فى يوم حصول المزاو الذى حرر فيه الإصلا بأن ذلك لا يزال محفوظاً بحقه فى قبول أو رفض المطاء — كل ذلك لا يبيد تمام عقد الإيجار بين الطرفين ، ولا يمنع المالك من أن يستعمل حقه فى قبول المطاء أو عدم قبوله فى أى وقت شاء حتى بعد انصراف صاحبه . فإذا هو فعل ذلك فى نفس اليوم فقبل عطاء آخر بأجرة أكثر وحرر بالفعل عند الإيجار بعد أن دون هذا المطاء الآخر فى الفائة قبل لأصال المزاو ، كان هنا هو العقد التام اللازم (نقض مدنى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٩ ص ٤٤٣) .

أما إذا أرسى من طرح الصفقة المزاو على من رسا عليه ، فقد تم العقد ولا يجوز للراسى عليه المزاو الرجوع فيه بعد ذلك . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه ما دام قد ثبت بمحاضر جلسة المجلس المحسى أن الراسى عليه المزاو قبل الشراء بتمن معين ، ووافق المجلس المحسى على هذا التمن وقرر لإيقاع البيع ، وما دام الإيجاب والقبول قد وقعا ممن يملكون التصديق وحصل الاتفاق على المبيع والتمن ، فيكون البيع قد تم ، ولا عبرة بتحرير العقد لأن العقد ليس إلا السند الكتابى للبيع ، وليس للراسى عليه المزاو أن يرجع بعد ذلك فى العقد من تلقاء نفسه ، لأنه لا يملك الرجوع بغير لإادة الطرف الآخر (١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣/٣١٧ ص ٣٧٢) .

وقد يقدم شخص عطاء يكون عرضاً مستجداً ومستللاً عن شروط المناقصة ، فإذا قبله من طرح الصفقة فى المناقصة تم العقد بينهما ، ولا يجوز الرجوع فيه بعد ذلك (أنظر فى هذا المعنى : نقض مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٨ ص ٦٩٩) .

وأكد هذا المبدأ التقنين الجديد بنص صريح . قضت المادة ٩٩ بما يأتي : « لا يتم العقد في الزايدات إلا برسو الزاد . ويسقط العطاء بعباء يزيد عليه ولو كان باطلا »^(١).

== ويلاحظ في كل ما قدمناه أن هنا هو القضاء المصري في ظل القانون القديم ، حيث كان الإيجاب غير ملزم ويجوز الرجوع فيه مادام أنه لم يقترن بالقبول . أما في ظل القانون الجديد حيث الإيجاب ملزم إذا اقترن بأجل ولو ضمني ، فقد قلنا أن صاحب العطاء لا يجوز له الرجوع في عطائه بعد أن يصل العطاء إلى علم من وجه له ، لأن العطاء يعتبر إجبارياً ملزماً إذ هو قد اقترن بأجل ضمني هو فض المظاريف ولرساء العطاء على من رسو عليه .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يتم العقد في الزايدات إلا برسو الزاد . ويسقط العطاء بعباء يزيد عليه ، أو بإقتال الزاد دون أن يرسو على أحد » . ولما نل النص في لجنة المراجعة ، أضافت اللجنة عبارة « ولو كان باطلا » بعد عبارة « عطاء يزيد عليه » ، وأصبح رقم المادة ١٠١ في المشروع التهانى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠١ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في حكم الزايدات التى يشترط في إعلانها أن لصاحب الشأن الحق في رفض أو قبول أى عطاء يقدم فيها ، فقيل إن إرساء الزاد لا يتم إلا باستعمال حق الخيار المشروط في الإعلان ، وفي حكم الزايدات الحكومية التى تحتاج إلى تصديق طبقاً للقواعد المالية ، فقيل إنه لا يمكن إرساء الزاد إلا بعد التصديق عليه إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه . وسأل أحد الأعضاء كيف يكون العطاء باطلا ، فأجيب بإمكان تحقق ذلك فيما لو كان صاحب العطاء فاصراً أو معتموماً . ثم وافقت اللجنة على المادة مع حذف عبارة « أو بإقتال الزاد دون أن يرسو على أحد » وقد راعت في ذلك أن الإرساء هو الذى يتم به العقد ، فإيراد هذه العبارة يكون مجرد تزييد قد يعمى على محل آخر . وأصبح رقم المادة ٩٩ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤ — ص ٦٧) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٠ (مطابق) — الليبى م ٩٩ (مطابق) — المراق م ٨٩ (موافق) - اللبناني لا مقابل .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ينطبق هذا النص على جميع عقود الزايدات . ويوجه خاص على البيوع والإيجارات التى تجري بطريق المزايدة . وهو يحسم خلافاً طال عهد الفقه به . فانتاح المزايدة على الثمن ليس في منطق النص إلا دعوة لتقدم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو الزاد . وقد أعرض المشروع عن المنصب الذى يرى في افتتاح المزايدة على الثمن إجبارياً وفي التقدم بالعطاء قبولاً . ويراعى أن العطاءات التى تلحق به صفة القبول ، وفقاً لحكم النص ، يسقط بعباء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلاً أو قابلاً للإعلان بل ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقلل الزاد دون أن يرسو على أحد . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فادام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذ لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد . أما الميعاد في هذا القرض فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو يقتضى ==

والعطاء يكون باطلا إذا صدر مثلا من شخص لا يجوز له التعاقد في الصنفه المطروحة في المزاو، كفاض يتقدم بعطاء في مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه . ويكون قابلا للإبطال إذا صدر مثلا من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء في الحالين لم يطل أثره وهو إسقاط العطاء الذى تقدمه .

المادة الرابعة — القبول في عقود الموزعاه (*) :

١١٦ — وأمرة عقود الموزعاه : قد يكون القبول مجرد إذن لما يملكه الموجب ، فاقابل للمقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع . ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه ، فهو مضطر إلى القبول . فرضاؤه موجود ، ولكنه مفروض عليه . ومن ثم سميت هذه العقود بعقود

== بلاشك عند التقدم بعطاء أكبر أو يقال المزادون أن يرسو على أحد . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤ — ص ٦٥) .

ونضيف إلى ما تقدم أن العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق ، لا باعتباره تصرفاً قانونياً بل باعتباره واقعة مادية . ولا يمتنع العطاء اللاحق أن يكون واقعة مادية أنه وقع باطلا كصرف قانوني .

بعض المراجع : سالى في إعلان الإزادة ص ٢٢٩ وما بعدها — ديجيه في تطورات القانون الخاص ص ١٢١ الدولة والقانون الموضوعى والقانون الوضعى ص ٥٥ — هوريو في مبادئ القانون العام ص ٢٠٧ — ريبير في القاعدة الحقة في الالتزامات ص ٥٥ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ١٢٢ وما بعدها — ديموج في الالتزامات ٢ ص ٦٦٦ وما بعدها — موران (Morin) في القانون والعقد سنة ١٩٢٧ ص ٣٦ وما بعدها — ديريه (Dereux) في تفسير الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٠٥ ص ١٥٢ و ص ٢١٠ — جونو (Gounot) في مبدأ سلطان الإرادة ديجون سنة ١٩٠٩ ص ٢٢٧ وما بعدها — دولا (Dollat) باريس سنة ١٩٠٥ — فورتيه (Fortier) ديجون سنة ١٩٠٩ — بيشون (Pichon)، ليون سنة ١٩١٣ — سارا ريمى (Sarat-Rémy) في مراجعة الشروط الصنفية في عقود الإذعان باريس سنة ١٩٢٨ — ميسول (Missol) في عقد التأمين كعقد من عقود الإذعان باريس سنة ١٩٣٤ — ساليه (Sallé) في التطور الفني للعقد باريس سنة ١٩٣٠ ص ١١ وما بعدها — جوسران في مجموعة دراسات جيني جزء ٢ ص ٣٢٣ — وفي مجموعة دراسات لامبير جزء ٣ ص ١٤٣ — ومقال في مجلة القانون المدنى ربح السنوية سنة ١٩٣٧ ص ٢١ — نظرية العقد للوفس ص ٢٧٩ — ص ٢٨٨ — حلمي هيجت بدوى ص ٢٢٢ — ص ٢٢٦ — أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٢ — ص ٨٥ — محمد عبد الله العربي في الإكراه الاقتصادى ليون سنة ١٩٢٤ — عبد المنعم فرج الصدة في عقود الإذعان في القانون المصرى سنة ١٩٤٦ .

الإذعان^(١). هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلاً بعوامل نفسية .

وبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية : (١) تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المتبغعين . (٢) احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق . (٣) صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محددة . ويطلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية وأخرى تشدد في مسئولية الطرف الآخر ، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يفهمها على أوساط الناس^(٢) .

وأمثلة هذه العقود كثيرة : فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ، ومع مصالح البريد والتلغراف والتلفون ، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطائرات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل في الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل في دائرة عقود الإذعان . ومن ثم نرى أن القبول في هذه العقود هو كما قدمنا إذعان . فالموجب يعرض لإيجابه في شكل بات نهائى لا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد ، فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز ، وكثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق

(١) ويسمى الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام (contrats d'adhésion) ، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه . وهذه تسمية ابتدعها الأستاذ سالى في كتابه الإعلان عن الإرادة (س ٢٢٩ — س ٢٣٠) . وقد أثرت أن تسمى هذه العقود في العربية بعقود الإذعان ، لما يثمره هذا التصير من معنى الاضطرار في القبول . وقد صادفت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من قده وقضاء ، وانتقلت إلى التصريح الجديد .

(٢) [نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ رقم ٥٣٦ س ١١٦٢ — وانظر في أن أحكام عقود الإذعان خاصة بالعقود المدنية لا تسرى على القرارات الإدارية التي تحكم الروابط بين الطرفين : نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣ س ٢٦] .

التراسل ولا بد له من التنقل والسفر في بعض الأحيان ، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوجهه . وقد نصت للمادة ١٠٠ من القانون الجديد على هذا المعنى في العبارات الآتية : « القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضمنها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها »^(١) .

١١٧ — طبيعة عقود الإذعان : وقد انقسم الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين . فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية ، وبذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « القبول في عقود الإذعان يكون مقصوراً على التسليم بشروط مقررة يضمنها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » . ولما تلى في لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات لغتية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ في المشروع التمهيدى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧ — ص ٧١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « من حق عقود الإذعان ، وهي عمرة الطور الاقتصادى في العهد الحاضر ، أن يفرد لها مكان في تقنين يتطلع إلى مسايرة التقدم الاجتماعى الذى أسفرت عنه الظروف الاقتصادية . وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت ، في رأى بعض الفقهاء ، سمة بارزة من سمات التطور العميق الذى أصاب النظرية التقليدية للعقد . على أن المشروع لم ير مجازاة هذا الرأى إلى غاية ، بل اجتراً بذكر هذه العقود ، واعتبر تسليم المالك بالشروط المقررة فيها ضرباً من ضروب القبول . فتمتة قبول حقيقى تتوافر به حقيقة التصاقد . ومع ذلك فليس ينبغي عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ في إذعان المالك ، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى المشقة . ويتقاضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختلف عن القواعد التى تسرى على عقود التراضى . وقد أقر المشروع لهذه القاعدة نصاً خاصاً بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها . وتتميز عقود الإذعان عن غيرها بالاجتماع شخصات ثلاثة : أولها تلقى العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المتنفذين . والثانى احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فظلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها . والثالث توجه عرض الاتفاق بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من عقود الإذعان تلك العقود التى يفتدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلفازات ، أو مع شركات التأمين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨ — ص ٦٩) .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : السورى ١٠١ م (مطابق) — اللبى م ١٠٠ (مطابق) — المراق م ١/١٦٧ (موافق) — اللباني م ٢/١٧٢ (موافق) .

أما الفريق الأول — وعلى رأسهم الأستاذ سالى وتابعه فى ذلك فقهاء القانون العام مثل ديميه وهوريو — فينكر على عقود الإذعان صحتها التعاقدية ، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار ، أما هنا فاقبول مجرد إذعان ورضوخ . فقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ، فيجب تفسيره كما يفسر القانون ، ويراعى فى تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية ، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التى وضع لتنظيمها . ويرى الأستاذ ديموج ، ويتفق فى هذا مع فقهاء القانون العام ، أن عقد الإذعان هو مركز قانونى منظم (institution) يجب أن يبنى فى تطبيقه بصالح العمل أولاً ، ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفى العقد .

ويرى الفريق الثانى — وهم غالبية فقهاء القانون المدنى — أن عقد الإذعان عقد حقيقى يتم بتوافق إرادتين ، ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر ، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقى ، ولا بتكئين القاضى من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى . ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً : الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التصف من جانب المحتكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع — لا القاضى — لينظم عقود الإذعان .

١١٨ — حكم عقود الموزعين فى التقنين القديم والحديث : وقد كانت الحماية فى مصر ، فى ظل التقنين القديم ، حماية قضائية . فكان القضاء من جهة يعتبر عقود الإذعان عقوداً حقيقية واجبة الاحترام^(١) ، فيحترم الشروط المطبوعة فى عقد الإيجار^(٢) ، وفى

(١) استئناف مخطط فى ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٤٢٧ .

(٢) عقد الإيجار للمؤلف فقرة ١٢٩ من ١٢٩ هامش رقم ٢ .

عقود التأمين^(١) ، ويلزم من يتعامل مع شركة باحترام لوائحها المطبوعة^(٢) ، ومن يتعاقد مع مصلحة السكك الحديدية بمرعاة نظمها ولوائحها^(٣) ، ويقيد المستخدم في عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التي يخضع لها^(٤) . إلا أنه مع ذلك يفلب الشروط المكتوبة على الشروط المطبوعة^(٥) ، ويبطل الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية^(٦) ، ويفسر الالتزام في مصلحة الطرف المذعن^(٧) ، وينسخ الإرادة السابقة بالإرادة اللاحقة^(٨) .

وجاء التقنين الجديد فجعل الحماية تشريعية ، ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين . وآتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة ، فجعل بذلك للقضاء المصرى في ظل القانون القديم سنداً تشريعياً في عهد القانون الجديد ، ومهد أمامه الطريق ليخطو خطوات أوسع في حماية الجانب للذعن . وتدع النصوص الخاصة في

(١) استئناف مخطط في ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ من ٣٦٠ — وفي ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ من ١٨٨ .

(٢) استئناف مخطط في ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ من ٤٤ — وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٢٠ من ١٠٨ .

(٣) استئناف مخطط في ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤٠٥ — محكمة الاسكندرية الجزئية المختلطة في ٢٥ يولية سنة ١٩٢١ م ١٢ من ٣٥ — محكمة القاهرة التجارية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ م ٢٨ رقم ٤٤٣ من ١٠٧٦ .

(٤) استئناف مخطط في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ من ١٣٤ — وفي ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٤١ .

(٥) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٢١ رقم ١٢٦ من ٢٦٧ — محكمة الاسكندرية التجارية المختلطة في ٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٦ من ٢٢ .

(٦) استئناف مخطط في ١١ يولية سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٤٣٥ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٤٠ — وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٣٩٦ — وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ٢٠٧ .

(٧) استئناف مخطط في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤٠ من ٢٩٥ . وتشدد المحاكم في إعمال شرط من شروط الإسقاط في بوليصة التأمين : استئناف مخطط في ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ من ١٨ — وفي ١٧ مارس سنة ١٩٤٨ م ٥٠ من ٨٦ .

(٨) وقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتياد شركة التأمين على أن تفقد المؤمن له في عمل لافته لتسوق الأقساط يلغى العقد القاضي بأن الدفع يكون في عمل الشركة (١٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٢٠ رقم ٩٣ من ٨٧) .

المقود التي سلفت الإشارة إليها تدرس في مواضعها . وتقتصر هنا على إيراد النصوص العامة .

فقد نصت المادة ١٤٩ على أن « إذا تم المقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ^(١) » . وهذا النص في عومه

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا تم المقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها المقد ، جاز للقاضي أن يجعل ذلك عللاً للتقدير » . واقرحت لجنة المراجعة تعديله على الوجه الآتى : « إذا تم المقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن من تنفيذها ، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المندى لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة عبارة في آخر النص هي ما يأتي : « دون إخلال بحق المذعن في التمويض إن كان له محل » ، لأنه لا يمكن في مثل هذه المقود أن يعفى القاضي المذعن من تنفيذها ، بل يجب أيضاً تمويضه إن كان للتمويض محل . وبعد أن وافقت اللجنة على هذا الاقتراح رجعت في موافقتها ورفضت هذه الإضافة لأن التواعد العامة تنبى عن الحكم الوارد في العبارة المضافة ، واستبدلت كلمة « منها » بعبارة « من تنفيذها » . وأصبح رقم المادة ١٥٩ . ووافق مجلس على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٢٩١ — ص ٢٩٢) .

هنا ويلاحظ مما تقدم أن النص الذى كان وارداً في المشروع التمهيدى أضف من نص القانون الجديد في ناحيتين : الأولى أنه يشترط في الشروط التعسفية أن يكون الطرف المذعن لم يتنبه إليها ، والثانية أن الجزاء على شرط تصفى لم يتنبه له الطرف المذعن جاء متطوياً على شيء من التمويض ، فلم يصرح النص بأن للناضى أن يعدل الشرط أو يلغيه ، بل اقتصر على القول بأنه يجوز للقاضي أن يجعله عللاً للتقدير . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « في هذا التعلق الضيق بطريق هذا الاستثناء ، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكرهه على قبوله من تنبه إليه هنا المقاد وارتضاء . فالإذعان لا يختلط بالإكراه ، بل إن التوحيد بينها أمر ينبو به ما ينبى للتعامل من أسباب الاستقرار . ثم إن ما يولى من حاية إلى المقاد المذعن ينبى أن يكون عللاً لأحكام تضرعية عامة — كما هو الشأن في حالة الاستئلال — أو لتفريعات خاصة » . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٢٩٢) . ولا شك أن النص الذى خرج به القانون الجديد أسلف في معالجة استئلال الطرف المذعن من نص المشروع التمهيدى . وقد زاده مجلس الشيوخ تأكيداً ، فقد كانت العبارة الواردة فيه : « أو أن يعفى الطرف المذعن منها » قد وردت على النحو الآتى : « أو أن يعفى الطرف المذعن من تنفيذها » غرض أن الإعفاء يكون من الشرط التصنى ذاته لا من تقيقه حسب .

ويقابل النص في التقيينات المدنية الرعية الأخرى : السورى م ١٥٠ (مطابق) — اللي م ١٤٩ (مطابق) — العراق م ٢/١٦٢ (موافق) — البانى لا مقابل (ولكن أظرم ١٧٢) .

وشموله أداة قوية في يد القاضى يحى بها للتسلك من الشروط التعسفية التى تفرضها عليه شركات الاحتكار . والقاضى هو الذى يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً ، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة المقدّم تحتل المعنى الذى أخذ به . فإذا كشف شرطاً تعسفياً فى عقد إذعان ، فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه ويسمى الطرف للذعن منه ، ولم يرسم للمشرع له حدوداً فى ذلك إلا ما تقتضيه العدالة . ولا يجوز للمتعاقد أن ينزعاً من القاضى سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لحالته للنظام العام ، ولو صح للحاتّ إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً (clause de style) فى عقودها .

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتى : « ١ — يفسر الشك فى مصلحة المدين ٢٠ — ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن »^(١) . وقد ورد فى الذاكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويرامى من ناحية أخرى أن الأصل أن يفسر الشك فى مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يبيح زواله . وقد استثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن ، دائماً كان أو مديناً . فالمفروض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى الماقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة يئنه . فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحل تبعته ، لأنه يعتبر متسبباً فى هذا الغموض من وجه : أنظر المادة ١٢٨٨

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يفسر الشك فى مصلحة المدين » ، وفى الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على الوجه الآتى : « لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » . فضت الفقرتان فى مادة واحدة فى لجنة المراجعة ، وأصبح رقماً ١٥٥ فى المشروع التمهيدى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل . ثم وافقت عليها لجنة القانون الذى يجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٩ — ص ٣٠١) .

ويقابل النص فى التقنيات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٢ (مطابق) ، الليجى م ١٥٢ (مطابق) ، وانظر أيضاً م ١٥٠ — ١٥١ فى هذا المعنى ، العراقى ٣/١٦٧ (موافق) ، اللبناني لا مقابل (ولكن انظر م ١٧٢) .

من التقنين الإسباني وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النمساوى وهى تنص على أن إيهام العبارة يفسر ضد من صدرت منه^(١) .

الحالة الخامسة — القبول فى عقود الجماعة وفى العقود النموذجية :

١١٩ — تضمن المشروع التمهيدى نصين ، أحدهما خاص بعقود الجماعة

(contrats collectifs) ، والثانى بالعقود النموذجية (contrats-type) .

فكانت المادة ١٤٦ من المشروع التمهيدى تنص على أنه « فى عقود الجماعة يتم القبول برضاء الأغلبية ، وترتبط الأقلية بهذا القبول » . ومثل عقود الجماعة عقد العمل الجماعى (contract collectif du travail) ؛ وهو العقد الذى ينظم شروط العمل ما بين طائفة أصحاب الأعمال وطائفة العمال . ويتم الإيجاب والقبول فيه برضاء الأغلبية من كل من الطائفتين . وترتبط الأقلية بالعقد . وهنا نرى أن كل فرد من الأقلية قد ارتبط بعقد لم يقبله ولم يكن طرفاً فيه ، وأصبح لا يستطيع الإنحراف فى عقد فردى عن نصوص العقد الجماعى . وفى هذا خروج بين على القواعد المدنية ، يعلل أن عقود الجماعة أقرب إلى القوانين منها إلى العقود ، وهى على كل حال تنشئ مرا كز قانونية منظمة (institutions)

وكانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه « إذا وضعت السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجاً لأحد العقود ؛ فإن من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه » . والعقد النموذجى هو الذى تضعه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية أخرى ، كعقود لإيجار النموذجية التى تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس البلدية أو النقابات . ويقضى النص السالف الذكر بأن من يتعاقد محيلاً فى تعاقد على عقد نموذجى يتقيد بالشروط الواردة فيه ، لأن الإحالة عليه تقتضى أن المتعاقد قد اطلع على ما ورد فيه من الشروط وارتضاها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٣٠٠ — هذا وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ظل القانون القديم أن عقد التأمين يفسر لمصلحة المؤمن له (٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ م ٢٠٥) .

وقد حذف هذان النصان في المشروع النهائي ، حذف الأول لأن مكانه يحسن أن يكون في تشريع خاص ، وحذف الثاني لوضوح الحكم الوارد فيه ^(١) .

§ ٢ — المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد

(التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين) *

(Contrat par correspondance ou entre absents)

١٢٠ — تحديد الموضوع : فرضنا فيما قدمناه أن التعاقد يتم بين حاضرين ، سواء تم التعاقد بينهما مباشرة أو تم بواسطة نائب عن أى منهما . ولكن يحدث كثيراً أن يتم

(١) مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٦٧ — ص ٦٨ في الخامس . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذين النصين في المشروع التهديد ما يأتي : « لا يطرأ على القبول في عقود الجماعة مجرد عرض يشير من أوصافه ، بل يجاوز أمره ذلك فيصبح القبول معدوماً على وجه الإطلاق . والحق أن هذه العقود وهي من أبرز مظاهر النشاط الاقتصادي الحديث لا تنطوي على حقيقة التعاقد . وأظهر ما يكون هذا المعنى بالنسبة للأقلية التي ترتبط بقبول الأغلبية دون أن ترتضى ذلك . وقد بلغ من أمر الثغرة التي أصابت مبدأ سلطان الإرادة من جراء هذا الوضع أن أصبح اصطلاح « الارتباطات النظامية » أغلب على الألسنة في هذا القام من اصطلاح « عقود الجماعة » . وقديماً وعت قوانين التجارة في نظام الصلح في الإفلاس صورة من صور هذه العقود . بيد أن صورة أخرى أعظم أهمية وأبلغ أثراً قد أخذت بظهور عقد العمل الجماعي مكانها في الحياة الاقتصادية الحديثة تحت ضغط حركات العمال والتقايات . فقد يتفق أرباب العمل والعمال على قواعد خاصة بشروط العمل ، وبهذا يتكون عقد جماعة يرتبط به أولئك وهؤلاء جميعاً سواء فيهم من قبل أو من لم يقبل . ويترب على ذلك طلائ كل حكم في عقود العمل الفردية يتعارض مع نصوص هذا العقد . ويجب التفريق بين عقود الجماعة والعقود النموذجية ، فلأخيرة حقيقة التعاقد . وإحالة الطرفين إلى النموذج التي تولت وضعه أو إقراره السلطات العامة أو الهيئات النظامية (كالتقايات مثلاً) تفرض قبولها للعقود الواردة فيه . » (مجموعة الأعمال التضيرية ١ ص ٦٨ في الخامس) .

* بعض المراجع : فاليرى (Valéry) ، في التعاقد بالمراسلة سنة ١٨٩٥ ، وانظر تطبيقاً له أيضاً في دالوز ١٩١٣ — ٢ — ١ — سالي في إعلان الإرادة ص ١١٨ — أوبرى ورو ٤قرة ٣٤٣ — لوران ١٥قرة ٤٧٩ — ديمولوب ٢٤قرة ٧٥ — هيك ٧قرة ١٨ — بيدان ٩١قرة ٩١ — ٩٢ — جيلوار في البيع ١٦قرة ٤٧١ — بزنوار ص ٤٧١ — لارومبير م ١١٠١قرة ١٩ — بودرى وبارد ١قرة ٣٧ — بودرى وسينيا ٣٥قرة ٣٥ — بلانيول وريبير ولسمان ص ٢٠٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانيه ٢قرة ٣٥٤ — ديموج ٢ ص ٢٤٢ وما بعدها — هيار ٢قرة ١٢٢٤ وما بعدها — بيتي (Petit) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ — أوبرير (Aubert) رسالة —

التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد ، ويتم ذلك بالمراسلة ، بأية طريقة من طرقها المختلفة : البريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك ^(١) .

وليس الذى يميز ما بين الفرضين فى حقيقة الأمر هو أن يجمع التعاقد بين مجلس العقد أو ألا يجتمعا فى مجلس واحد ، بل إن المميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به . ففى التعاقد ما بين حاضرين تنمضى هذه الفترة من الزمن ، ويعلم الموجب بالقبول فى الوقت الذى يصدر فيه . أما فى التعاقد ما بين غائبين فإن القبول يصدر ثم تمضى فترة من الزمن هى للدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب ، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به .

والذى يؤكد ما تقدم أننا نستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، كالتعاقد بالتليفون ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين على ماسئرى . ونستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين حاضرين يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به . وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين غائبين . ويمكننا لتحقيق ذلك أن نتصور أن المتعاقدين افترقا بعد صدور الإيجاب الملزم وقبل صدور القبول بعد ذلك وأتى من صدر منه القبول بنفسه يبلغ الموجب قبوله ^(٢) .

فالعبرة ليست إذن بأحد المجلس أو اختلافه ، بل بتخلل فترة من الزمن بين صدور

— من باريس سنة ١٨٩٤ — ماركاجى (Marcaggi) رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ — موريس. (Maurus) رسالة من تولوز سنة ١٩٠٥ — كوهن (Cohen). رسالة من باريس سنة ١٩٢١ فى القانون المقارن — والتون ١ ص ١٩٩ وما بعدها — نظرية العقد للوفد ققرة ٢٨٥ وما بعدها — حلمي بهجت بدوى ص ١٠٢ وما بعدها — أحمد حشمت أبوستيت ص ٨٥ وما بعدها .

(١) والتعاقد فيما بين الغائبين ممكن فى أكثر العقود . ولا تستثنى إلا عقود خاصة تستلزم بعض القوانين فيها حضور المتعاقدين بنفسهما فى مجلس واحد وقت التعاقد ، فلا يجوز فيها حتى التعاقد بطريق النيابة ، كما يضى القانون الفرنسى بذلك فى الزواج (acte de mariage)، وفى عقد الزوجية المالى (contrat de mariage) وفى عقد التبني (adoption) .

(٢) ولو قبل شخص لإيجاباً صدر من أمم ومما فى مجلس واحد ، فلم يسمع الموجب القبول ، فكنته له الطرف الآخر ، فإن معرفة الوقت الذى تم فيه العقد ، هل هو وقت صدور القبول أو وقت كتابة القبول للموجب وتمكن هنا من قراءته ، تتبع فيه قواعد التعاقد ما بين غائبين (أنظر فى هذا القرض إيموس وأرمانيون : أسئلة فى القانونين الدولى والتجارى المصرين سنة ١٩٠٤ ص ٣٩ رقم ٥٧) .

القبول والعلم به^(١).

١٢١ — ماذا يترتب على هذا التحدير — زمانه العقد ومكانه : ومتى وضعنا المسألة على النحو الذى قدمناه تبين فى الحال ماذا يترتب على هذا الوضع : فما دام أن هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور القبول والعلم به ، وجب التساؤل متى إذن يتم العقد ؟ أوقت صدور القبول أم وقت العلم به ؟ فإذا تبين الوقت الذى يتم فيه العقد تبين أيضاً المكان الذى يتم فيه : يتم فى المكان الذى يوجد فيه للوجوب إذا قلنا إن العقد لا يتم إلا إذا علم للوجوب بالقبول ، ويتم فى المكان الذى يوجد فيه من صدر منه القبول إذا قلنا إن العقد يتم بمجرد صدور القبول .

فزمان العقد هو الذى يحدد مكانه ، وهذا هو الأصل . وقد يختلف مكان العقد عن زمانه فى بعض الفروض ، أهمها التعاقد بالتليفون . ففيه لا يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم به كما رأينا . فهو من ناحية الزمان بمثابة تعاقد ما بين حاضرين . أما من ناحية المكان فالمتعاقدان فى جهتين مختلفتين ، فتجربى فى تعيينه قواعد التعاقد ما بين غائبين^(٢) .

(١) ولا يعتبر تعاقداً بين غائبين تبادل مكاتبات تسجل اتفاقاً تم بين حاضرين شفويّاً قبل هذا التبادل ، فإن هذه المكاتبات ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين الطرفين وهما حاضران ممّا تحلّس العقد (استئناف مخطوط فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠) . كذلك لا يعتبر تعاقداً بين غائبين إبرام عقد بين أحد الطرفين ووكيل الآخر إذا كان كل منهما حاضراً مجلس العقد ، فحضور الوكيل مجلس العقد يفي عن حضور الأصل (استئناف مخطوط فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٣) .

(٢) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص فى هذا الموضوع ، فنصت المادة ١٢٠ من هذا المشروع على أنه « يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان » . ولكن لجنة المراجعة قررت حذف هذا النص لوضوح حكمه . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ولا يؤثر التعاقد بالتليفون ، أو بأية وسيلة مماثلة ، صعوبة لا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد . فتأني من هذه الناحية شأن التعاقد بين الغائبين الذين تفرقهم شقة المكان . ولتلك تسرى عليه أحكام المادة السابقة الخاصة بتعيين مكان التعاقد بين الغائبين ، ويعتبر التعاقد بالتليفون قد تم فى مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . أما فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد ، فالعقد بالتليفون لا يفتقر عن التعاقد بين الحاضرين ، لأن الفارق الزمنى بين إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم أو هو فى حكم المعدوم . فليس لتفرقه بين وقت إعلان القبول ووقت العلم به أية أهمية عملية ، لأنها شئ واحد . وتفرعاً على ذلك يعتبر التعاقد بالتليفون تاماً فى الوقت =

وعليها الآن أن نبحث متى يتم العقد ما بين غائبين وفي أى مكان . ونستعرض في ذلك الفقه والقوانين الأجنبية ، ثم نتقل إلى أحكام القانون المصرى .

١ — الفقه والقوانين الأجنبية

١٢٢ — **مذهب أربعة في العقد** : الفقه في البلاد التى ليس فيها تشريع يعين الزمان والمكان اللذين يتم فيها العقد — كما فى فرنسا وفى مصر فى عهد التقنين القديم — منقسم من مذهب الرأى ، وذلك بالرغم من أهمية تعيين زمان العقد ومكانه على ما سنرى .

وذلك أن خاصية التعاقد بالمراسلة فيما بين غائبين هى كما قلنا الفترة من الزمن التى تفصل ما بين صدور القبول والعلم به ^(١) . فإذا قلنا إن العبرة فى تمام العقد هى بتلاقى الإرادتين ، فإن العقد يتم وقت صدور القبول ، وفى هذا الوقت كان الإيجاب قائماً وصدر القبول متلاًقاً معه . وإذا قلنا بل العبرة بالوقت الذى يعلم فيه المتعاقدان معاً بهذا التلاقى فإن صدور القبول لا يكفى ، بل يجب أن يعلم للموجب بالقبول وهو باق على إيجابه .

== الذى يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله ، وهذا الوقت يفاته هو الذى يعلم فيه الموجب بالقبول . ويقترب على إعطاء التعاقد بالتلفون حكم التعاقد ما بين الحاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أن الإيجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله ، ولم يصدر القبول فور الوقت ، تحلل الموجب من إيجابه . وهذه هى القاعدة المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من المشروع بشأن الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢ — ص ٥٣ فى الخامس) .

(١) وهناك أمر آخر يقع فى التعاقد بالمراسلة ، هو أن تبلغ أحد المتعاقدين لإرادة الآخر على غير حقيقتها . فكثيراً ما يقع فى المراسلات البرقية خطأ فى نقل ما يريد المرسل تسليمه للمرسل إليه ، فيعتد هذا على ما يلفه خطأ . مثل ذلك أت بعض المشتري أن البائع يرض عليه البيع بثمن هو دون الثمن الذى يرضى به ، ويكون هذا نتيجة لوقوع خطأ فى البرقية التى أرسلها البائع للمشتري . فإذا قبل المشتري التعاقد ، فهل يتم العقد ؟ العقد لا يتم إذا أخذنا بالإرادة الباطنة ، وهذا ما ينبغي إليه القضاء فى مصر (محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ص ٢٨٨ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ — وفى ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٢ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٣٣ ص ٩٧ — وفى ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠١) . ويتم العقد إذا أخذنا بالإرادة الظاهرة ، ولكن يرجع التعاقد لئى أسبابه ضرر بالتعويض على المسئول عن الخطأ الذى وقع . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى النقط الذى يقع فى نقل الإرادة (أنظر المادة ١٧٢ من المشروع التمهيدى وسياق ذكرها) .

والحق أن التعاقد إذا تم بين غائبين تنذر العثور على وقت يعلم فيه المتعاقدان معاً بتلاقق الإرادتين . فلا يكفي أن يعلم للوجب بصدور القبول ، بل يجب أيضاً أن يعلم القابل بهذا العلم . وهكذا . وهذا هو الدور ، وهو ممتنع . بل إن تلاقق الإرادتين في التعاقد ما بين غائبين لا يمكن الجزم به . فقد يعدل الموجب عن إيجابه ولا يصل هذا العدول إلى علم القابل إلا بعد وصول القبول إلى علم الموجب . وقد يعدل القابل عن قبوله ولا يصل هذا العدول إلى علم الموجب إلا بعد وصول القبول إلى علمه . وفي الحالتين يتم العقد ، وفي الحالتين لم تتلاقق الإرادتان^(١) .

فليس يعني إذن في التعاقد ما بين الغائبين أن يعلم المتعاقدان معاً بتلاقق الإرادتين ، بل ولا بأن تتلاقق الإرادتان فلا ، فإن هذا وذلك قد يتعذر تحققه كما قلنا . ولا يبقى أمامنا — وقد صدر القبول في وقت متقدم على الوقت الذي علم فيه للوجب بهذا القبول — إلا أن نختار بين الوقتين ؛ وقت صدور القبول ووقت العلم به .

فإذا نحن وقفنا عند صدور القبول ، فعلينا أن نختار بين الوقت الذي أعلن فيه القابل قبوله — وهذا هو مذهب إعلان القبول (système de déclaration) والوقت الذي يخرج فيه هذا القبول من يده في طريقه إلى الموجب إذ هو لا يملك استرداده بعد ذلك — وهذا هو مذهب تصدير القبول (système d'expédition) .

وإذا نحن جاوزنا صدور القبول إلى العلم به ، فعلينا أيضاً أن نختار بين الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب فنفرض علمه به — وهذا هو مذهب تسلّم القبول (système de réception) — والوقت الذي يعلم فيه الموجب فعلاً بالقبول — وهذا هو مذهب العلم بالقبول (système d'information) .

(١) وقد قيل إن الوقوف عند وقت صدور القبول في التعاقد ما بين الغائبين يلقي الموجب في حيرة فهو لا يعلم متى تم العقد . وهذا القول مردود بأن الوقوف عند وقت العلم بالقبول هو أيضاً من شأنه أن يوقم القابل في حيرة إذ هو لا يدري متى وصل القبول إلى علم الموجب فلا يعلم متى تم العقد . ونرى من ذلك أنه اختيار وقت صدور القبول من شأنه ألا يطمئن الموجب ، واختيار وقت العلم بالقبول من شأنه ألا يطمئن القابل . فلا ميزة لقول على آخر من حيث اطمئنان المتعاقدين .

هذه هي مذاهب أربعة ، لكل مذهب منها أنصار يقولون به .

١٢٣ — مذهب إحصاء القبول : أما أنصار مذهب إعلان القبول فيقولون إن

نظريتهم هي للمطابقة على القواعد العامة ، فالمقد توافق لإرادتين . ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المروض عليه فقد توافقت الإرادتان وتم المقد . هذا إلى أن المذهب يتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل .

ويؤخذ على هذا المذهب إخروجه على القواعد العامة من ناحيتين . فليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول ، إذ يجوز أن يصل الموجب ولا يصل عدوله إلى القابل إلا بعد صدور القبول . كذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره . فالقبول لإرادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها .

١٢٤ — مذهب نصير القبول : وأنصار هذا المذهب يتفقون في الواقع مع أنصار

للمذهب الأول ، فهم يكفون بإعلان القبول ، ولكنهم يشترطون أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجوع فيه . ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلاً بقبوله إلى اللوجب بحيث لا يملك أن يسترده ، بأن ألقاه في صندوق البريد أو سلمه لمعامل البرق فبعث به أو أبلغه لرسول انطلق ليخبر به اللوجب .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لتمام العقد ، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيده للتصدير أية قيمة قانونية . على أن القبول للصدر يمكن استرداده كما تقضى بذلك لوائح البريد في كثير من البلاد ، والكتاب في البريد ملك للرسول حتى يسلمه المرسل إليه .

١٢٥ — مذهب تسليم القبول : وأنصار هذا المذهب يرون أن القبول لا يكون

نهائياً بتصديده إذ يمكن استرداده وهو في الطريق ، وهو لا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى اللوجب . ففي هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم اللوجب أو لم يعلم . على أن وصول القبول إلى اللوجب قرينة على علم هذا به .

ومن ذلك نرى أن مذهب تسلّم القبول يتذبذب بين مذهبي التصدير والعلم . فهو بين أن يكون قد أخذ بمذهب التصدير مستأنياً إذ لا يرى التصدير باتاً حتى يصل القبول إلى الموجب ، وبين أن يكون قد أخذ بمذهب العلم متعجلاً إذ يجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم .

والمذهب من حيث أنه صورة معقدة لمذهب التصدير لا يزيد في قيمته عن هذا ، فإن وصول القبول إلى الموجب دون علمه به لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية . وإذا قيل إن الكتاب يصبح ملكاً للرسل إليه ، فإن المقصود من هذا هو الملكية المادية ، أما الملكية المعنوية فتبقى للرسل .

أما إذا أريد بالتسلّم أن يكون قرينة على العلم ، فإن كانت القرينة قاطعة أعوزها النص ، وإن كانت غير قاطعة فقد المذهب استقلاله واختلط بمذهب العلم بالقبول ، وهو المذهب الرابع الذي نتولى الآن بحثه .

١٢٦ — مذهب العلم بالقبول : والواقع أن المذهبين الرئيسيين هما مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول ، وما عداهما فتنفر عنهما ، ويرد إليهما . ولمذهب العلم بالقبول أنصار كثيرون . وهم لا يكتفون من القبول بإعلانه ، بل يشترطون علم الموجب به ، شأن كل إرادة يراد بها أن تنشىء أثراً قانونياً ، فهي لا يترتب عليها هذا الأثر إلا إذا علم بها من هي موجهة إليه . وهم يتخون من وصول القبول قرينة على علم الموجب ، ولكنها قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهي على كل حال تقبل إثبات العكس .

١٢٧ — النتائج التي تترتب على الأفضلية لمذهب دونه آخر : وقارن الآن بين المذهبين الرئيسيين ، مذهب الإعلان ومذهب العلم ، في النتائج التي تترتب على الأخذ بمذهب منهما دون الآخر ، فيبين الفرق بينهما فيما يأتي :

١ — إذا عدل الموجب عن إيجابه ووصل العدول إلى علم القابل بعد إعلان القبول

وقبل علم الموجب به ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم ؛ كذلك من صدر منه القبول لو عدل عن قبوله ووصل العدول إلى الموجب غير متأخر عن وصول القبول ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم .

٢ — إذا كان العقد يمس واقعاً على منقول معين بالذات ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من وقت تمام العقد ، وتكون الثمار للمشتري من ذلك الوقت أى من وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بمذهب العلم ، أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بمذهب الإعلان . وكفقد البيع أى عقد آخر ناقل للملكية .

٣ — هناك مواعيد تسرى من وقت تمام العقد كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التى تنشأ من العقد . فتسرى هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول وفقاً لنظرية العلم ، ومن وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان .

٤ — فى الدعوى البوليصة لا يستطيع الدائن الطعن فى عقد صدر من مدينه بإسراء بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخراً فى التاريخ عن الحق الثابت له فى ذمة المدين . فلو أن هذا الحق قد ثبت فى ذمة المدين فى الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به فى العقد الذى يريد الدائن الطعن فيه ، فإنه يجوز للدائن الطعن فى العقد وفقاً لنظرية العلم ، ولا يجوز له ذلك وفقاً لنظرية الإعلان .

٥ — العقود التى صدرت من تاجر شهر إفلاسه يتوقف نصيبها من الصحة والبطلان على معرفة وقت تمامها . ويختلف حظ هذه العقود بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل المدة المشتبه فيها أو فى أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو بعد شهر الإفلاس . فهم إذن معرفة وقت تمام العقد فى مثل هذه القروض ، فقد يملأ القبول فى مرحلة من هذه المراحل ويحصل العلم به فى مرحلة أخرى ، فيختلف الحكم على العقد باختلاف المذهب الذى يؤخذ به .

٦ — تقضى قواعد القانون الدولى الخاص بأن القانون الذى يخضع له العقد هو

القانون الذى أراهه المتعاقدان وفقاً لنظرية سلطان الإرادة . ويكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التى تم فيها العقد (lex loci contractu) . فإذا تم عقد بين شخصين ، وكان من صدر منه الإيجاب موجوداً فى مصر وعلم بالقبول فيها ؛ ومن صدر منه القبول كان موجوداً فى فرنسا وقت صدور القبول ، فإن العقد يخضع للقانون المصرى إذا أخذنا بمذهب العلم ، وخضع للقانون الفرنسى إذا أخذنا بمذهب الإعلان^(١) . والأخذ بأى المذهبين فى تحديد المكان يحدد الزمان كذلك .

٧ — قد يكون ارتكاب جريمة فى بعض الفروض متوقفاً على تمام عقد مدنى ، كجريمة التبيد فإنها تتم بتمام عقد البيع الذى يتصرف بموجبه المبدى فى الأشياء التى كان مؤتمناً عليها . فيهم أن نعرف فى أى مكان تم عقد البيع ، فإن هذا المكان هو الجهة التى وقعت فيه الجريمة ، ومحكمة هذه الجهة هى المحكمة المختصة بالنظر فى التبيد . فإذا فرض أن المبدى وقت أن باع كان فى بلد غير البلد الذى كان فيه المشتري ، فإن المحكمة المختصة تكون محكمة هذا البلد أو ذلك تبعاً للمذهب الذى يؤخذ به . وهذا المذهب هو الذى يعين أيضاً وقت تمام العقد .

١٢٨ — القوانين الأجنبية : وتأخذ بعض التقنيات الأجنبية الحديثة بمذهب العلم بالقبول . أخذ به التقنين الألمانى (م ١٣٠) ؛ والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٢٠) قرة أولى) ، والتقنين التجارى الإيطالى (م ٣٦) ، والتقنين الإسبانى (م ٢٦٢ قرة ثانية) . ويأخذ تقنين الالتزامات السويسرى بمذهب تصدير القبول (م ١٠) . ويأخذ التقنين المدنى السورى الجديد بمذهب إعلان القبول . فقد نصت المادة ٩٨ من هذا التقنين على أنه « يعتبر التعاقد ما بين الفائتين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين صدر

(١) [وقد قضت محكمة مصر الكلية فى هذا المعنى بأن العقد بين الفائتين يعتبر قد تم فى الخارج إذا صدر القبول فى مصر ولكن للوجوب علم به فى فرنسا ، وذلك تطبيقاً للسادة ٩٧ مدنى ، وينبى على ذلك عدم اختصاص الحاكم المصرى بالنزاع فى (مصر الكلية ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٣ الهامة ٣٥ ص ٥٦١ — عز الدين عبد الله فى تنازع القوانين ص ٥٩٢] .

فيهما القبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك » . ونجد هنا أحد الفروق القليلة بين القانونين السوري والمصري^(١) .

أما في فرنسا حيث لا يوجد نص تشريعي ، فالقضاء منقسم بين مذهبي إعلان القبول والعلم بالقبول . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن تحديد وقت تمام العقد ومكانه مسألة يرجع فيها إلى نية المتعاقدين ، وهي مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها^(٢) .

ب — أحكام القانون المصري

١٢٩ — التقنين القديم : لم يشتمل التقنين القديم على نص تشريعي في هذا الموضوع . فانقسم القضاء فيه ، سواء في ذلك القضاء الوطني أو القضاء المختلط . أما القضاء الوطني فكان يميل إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول في المسائل المدنية على الأقل^(٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون السوري الجديد في هذا الصدد ما يأتي : « واشتمل القسم الأول من المشروع على الالتزامات ، فبين في الباب الأول من الكتاب الأول قواعدها بوجه عام وعدد مصادرها وفصل أحكام العقد وأركانه وآثاره وانحلاله ، وهي قواعد أخذت يجهلها من القانون المصري ، فبما عدا العقود بالمراسلة ، فقد أخذت من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، فأصبح العقد بالمراسلة يتم بمجرد إعلان القبول وفي مكان الإعلان ، وذلك لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تفضي المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين لتلايق تنازع بين قانونيهما يؤدي إلى الإصرار بمقتضى ذوى العلاقة » (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري ص ١١) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٦ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ — ١ — ٢٢٩ — وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ — ١ — ١٧٦ . وهذان الحكمان يطبقان بزمان العقد . وهناك حكمان آخران يطبقان بزمان العقد : ٦ أغسطس سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٨ — ١ — ٣٥ وفي أول ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٧ — ١ — ٤٥٠ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد لا يتم ، خصوصاً في المواد المدنية ، طالما أن قبول الشخص الذي عرض عليه الإيجاب لم يصل لملم الطارش (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ١٨٣) . وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة استئناف مصر في أول فبراير سنة ١٩٥٠ المحلقة ٣٠ رقم ٤٦١ ص ١٠٣٠ . ولكن هناك حكماً قضى بأن التعاقد بالمراسلة يعتبر حاصلاً من وقت وضع كتاب القبول في صندوق البريد (دمياط الجزئية في ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الصرائح ٢ ص ٢٥١) ، فهو قد أخذ بمذهب تصدير القبول .

واقسم القضاء المختلط بين مذهبي العلم والإعلان^(١).

وبقي الفقه في مصر حائراً حيرة القضاء . ولكنه اتجه أخيراً إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول^(٢).

(١) فهناك أحكام قضت بأن القعد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول ، وقبل هذا العلم يجوز للموجب أن يرجع في إلجائه كما يجوز لمن صدر منه القبول أن يعدل عن قبوله (محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ من ١٠١ — وفي ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ١٥٧ — وفي ٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٤٥ من ٢٢٦ — محكمة الاسكندرية الجزئية المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ من ٣٥ — محكمة الاسكندرية التجارية المختلطة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ من ٣٤ — وفي ٣ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ من ٢٦ — وفي ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ١٨٠) . وهناك أحكام أخرى قضت بأن القعد يتم بإعلان القبول (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ من ٤٣ — وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ١٧٩ — وفي ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٢٢٧ — محكمة الاسكندرية الجزئية المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ من ٢٥٦ — وفي ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ المجلد ٢٢ رقم ٥٩ من ١٥٠) . وهناك طائفة ثالثة من الأحكام تأخذ بمذهب تصدير القبول (استئناف مختلط في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤٠١ — وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ٦٤ — وفي ٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ من ٩١) .

(٢) ومن ذلك ما جاء بنظرية القعد للمؤلف : « يشعر المستعرض للطلول التقدمة بشيء من الحيرة إذا أراد أن يختار منها حلا يرضيه ، وذلك لتعدد هذه الحلول وذهاب كل منها إلى وجهة من النظريات المختلفة عن الأخرى ، واتهام الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا ، وتباين التفسيرات الحديثة والقوانين المختلفة في هذا الموضوع . ولكن التأمل في المسألة لا يسهل إلا أن يعاشي محكمة النقض الفرنسية في رأيها من أن الأمر يرجع قبل كل شيء إلى نية المتعاقدين . بل هو يرجع في الواقع إلى إرادة الموجب ، فهو الذي أنشأ القعد ابتداء بإيجابه ورسم حدوده ، وليس القبول إلا موافقة تامة للإيجاب . فلو لم يكن إذن هو الذي يبين متى يريد أن يتم القعد وأن يتم . أما التفسيرات التي وردت فيها نصوص تعرض للمسألة ، فلا تظنها موفقة في ذلك . والنسب التفسيرية الصالح في نظرنا هو الذي يقضي باتباع إرادة الموجب ، فإذا غضت هذه الإرادة ولم يمكن الاحتناء إليها بوضوح فهنا نلجأ إلى الافتراض . وأمن فرض في تفسير لإرادة الموجب أن يفرض ما هو في صالحه ، والأصلح ألا يتم القعد إلا عند علمه بالقبول . فتحتن تأخذ إذن بنظرية العلم بالقبول . ولكن لا تأخذ بها اعتباطاً . ولا للأسباب التي تذكر عادة في تأييدها ، بل تأخذ بها لأنها تنفرع عن البعد الأساسي الذي قررناه من أن العبرة بإرادة الموجب ، فإذا لم تقين له لإرادة فرضنا ما هو في مصلحته . فإذا كان لنا أن نقتح إحداث تعديل في التشريع المصري في هذا الصدد ، فتحتن نرى أن يضاف إلى القانون المصري نص في هذا المعنى يقضي بأنه لمعرفة الوقت والمكان الذين يتم فيهما القعد بالمراسلة يرجع إلى نية المتعاقدين ، وهذه تعددها لإرادة الموجب . فإذا لم يمكن الاحتناء إلى معرفة هذه الإرادة يفرض أن الموجب قد أراد أن يتم القعد عند علمه بالقبول . مثل هذا النص يضع قرينة قانونية تفسر بمقتضاها إرادة الموجب التامصة . ولا بأس من إضافة قرينة قانونية أخرى يفرض بمقتضاها أن الموجب قد علم بالقبول بمجرد استلامه له ، وإن كان له أن يثبت عكس ذلك . خلاصة الرأي الذي نذهب إليه هو الأخذ بإرادة الموجب =

١٣٠ — **التقنين الجبريد** : أما التقنين الجديد فقد حسم هذا الخلاف الطويل بنصوص تشريعية واضحة ، أخذ فيها بمذهب العلم بالقبول . فهو قد وضع المبدأ الأساسي في تعيين الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، فنص في المادة ٩١ على أنه « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يعم الدليل على عكس ذلك » . وقد مر الكلام في هذا النص . ثم طبق هذا المبدأ في نص خاص بالتعاقد فيما بين النائبين . فقضت المادة ٩٧ بما يأتي :

- « ١ — يعتبر التعاقد ما بين النائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك » .
- « ٢ — ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول ^(١) .

ويتبين من هذا النص أن التقنين الجديد ترك تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد فيما بين النائبين إلى اتفاق المتعاقدين . وتحديد ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على شيء في هذا الصدد وما هو الشيء الذي اتفقا عليه يعتبر من المسائل الموضوعية ، فلا رقابة فيه لمحكمة النقض .

== الصريحة أو الضمنية ، وإلا فإرادة الموجب المفروضة ، وهذه الإرادة المفروضة هي التي تتفق مع نظرية العلم بالقبول ، على أن يكون استلام القبول قرينة قابلة لإثبات العكس على حصول العلم » (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٠٤ — فقرة ٣٠٥) .

أظهر أيضاً في الفقه المصري الذي أخذ بمذهب العلم بالقبول الدكتور حلمي بهجت بدوى س . ١١١ — ص ١١٢ والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٩ .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد في قانون الجبريد مع اختلاف لفظي طفيف . ووافقت عليه لجنة المراجعة بتعديل لفظي ، وأصبح رقم المادة ٩٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧ مع إدخال تعديلات لفظية طفيفة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٢ — ص ٥٥) . وأظهر أيضاً المادة ٢ فقرة أولى من المشروع الفرنسى الإيطالى .

ومقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٨ (نظرية الاعلان) — اللي م ٩٧ (مطابق) — المراق م ٨٧ (مطابق) — الإثنى م ١٨٤ (نظرية الإعلان) .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شيء ولم يوجد نص قانوني خاص ، فيعتبر العقد قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا هو مذهب العلم بالقبول أخذ به التقنين الجديد في صراحة ووضوح . وهو في هذا لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسي الذي سبقت الإشارة إليه من أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا في الوقت الذي تتصل فيه بعلم من وجهت إليه ، أى بعلم اللوجب . ومن أجل ذلك يجب تفسير الفقرة الثانية من المادة ٩٧ على أن الحكم الذي أوردته ليس إلا تطبيقاً لهذا المبدأ . فيكون وصول القبول قرينة على العلم به . وهي قرينة قانونية لأنها وردت في نص قانوني ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فيجوز إثبات العكس . وإذا كان النص لم يصرح بجواز إثبات العكس ، فإن هذا مفهوم من الرجوع إلى المبدأ الأساسي الذي ورد في العبارة الأخيرة من المادة ٩١ ، وهي تقضي بأن وصول التعبير عن الإرادة يعتبر « قرينة على العلم به ما لم يعم الدليل على عكس ذلك » — وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٧ ليست إلا تطبيقاً لهذا المبدأ الأساسي ، فينبغي أن تفسر على مقتضاه ^(١) .

وقد تقضي النصوص القانونية في حالات خاصة ، كما قلنا ، بتعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم ، فتفيع هذه النصوص . مثل ذلك ما ورد في المادة ٥٩٩ من تجدد الإيجار تجديداً ضمناً ببقاء المستأجر في العين للمؤجرة بعد انتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فيتم التجديد ببقاء المستأجر في العين دون حاجة إلى أن يعلم

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن ذهاب الطاعن قبل نهاية الأجل (المحدد في الإيجاب) إلى محل إقامة المظنون عليه (اللوجب) ومقابلة ابن هذا الأخير وإبداء رغبته له في الشراء واستمداه لدفع الثمن يعتبر قرينة على علم المظنون عليه بالقبول ، ويضع على عاتقه عبء نفي هذه القرينة (قض مدني ٦ مايو سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص ٨٣٤) .

أضرب أيضاً في هذا المعنى : حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام طبعة سنة ١٩٥٤ فقرة ١١٦ ص ١١١ — سليمان مرقس مصادر الالتزام فقرة ١٠٧ ص ١٣٩ — أنور سلطان مصادر الالتزام فقرة ١١٣ ص ١٣٤ — عبد النعم فرج الصدة مصادر الالتزام ص ١٢٨ — عبد المكي حجازي مصادر الالتزام ص ٥٤٤ وهو يشير إلى أن علم اللوجب بوصول القبول إذا كان راجعاً إلى تقصيره فإن ذلك يعتبر في مقام العلم وهو ما تنص عليه صراحة المادة ١٣٣٥ من التقنين المدني الإيطالي] .

يأن المؤجر لا يعتز على هذا البقاء^(١).

المطلب الثالث

مرحلة تمهيدية في التعاقد

(الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون)

١٣١ — تعاقد غير نهائي : عالجنا فيما قدمناه كيف يتم التعاقد ، ووصلنا في ذلك إلى مرحلته النهائية ، فرأينا كيف يتم العقد على نحو بات نهائي . ولكن قد يسبق مرحلة

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « تتضمن التشريعات المختلفة أحكاماً جد متباينة بشأن تعيين زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه . وقد اختار المشروع مذهب العلم بالقبول . ولم يجعل من الرد بالقبول (المراد هو وصول القبول) سوى لائحة بسيطة (المراد قرينة ثابتة لإثبات العكس) على حصول العلم به . وبديهي أن هذا الحكم قد يسرى حيث تصرف نية المتعاقدين إلى مخالفة صراحة أو ضمناً ، أو حيث يقضى القانون بالمدول عنه إلى حكم آخر ، كما هي الحال بالنسبة للسكرات أو التنفيذ الاختياري (وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص في التنفيذ الاختياري كما قدمنا) الذين يترهل القانون منزلة القبول ، ولعل مذهب العلم هو أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الموجب . ذلك أن الموجب هو الذي يتبدى التعاقد ، فهو الذي يحدد مضمونه ويبين شروطه . فمن الطبيعي والحال هذه أن يتولى تحديد زمان العقد ومكانه . ومن العدل ، إذا لم يفعل ، أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصنعه عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك . وبعد ، فذهب العلم هو الذي يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضي بأن التمييز عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه — أخطر الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من المشروع — ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يصبح نهائياً إلا في الوقت الذي يستطيع فيه الموجب أن يعلم به ، ولا يعتبر التعاقد تاماً إلا في هذا الوقت . ولم يستقر القضاء المصري على رأي معين في هذا الصدد . فقد اختلفت محكمة الاستئناف الأهلية مذهب العلم ، وبوجه خاص في المسائل المدنية (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ من ١٨٣) . أما محكمة الاستئناف المختلطة فمضواها موزع بين مذهب العلم (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ من ١٠١ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ١٥٧ — ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ٢٢٦) وبين مذهب الإعلان (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ١٧٩ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٢٢٧) . وليس ثمة شك في أن هذا المذهب الأخير هو أنسب المذاهب في المسائل التجارية . على أن مذهب الإصدار (التصدير) قد رددت صده بعض أحكام القضاء المختلط والقضاء الأهلي (استئناف مختلط في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٧٣ من ٤٠١ — صياط ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٧ من ٢٥١) . ولم تنجح محكمة النقض حتى اليوم فرصة للفصل في هذه المسألة . وغنى عن البيان أن النص الذي اختاره المشروع يقضى على هذا الخلاف بأسره . » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٥٣ — من ٥٤) .

التعاقد النهائي مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية . وأبرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون .

§ ١ — الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي (*)

(Promesse de contrat — Contrat préliminaire)
(Avant - contrat)

١٣٣ — الصور العملية للعقد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي : الوعد بالتعاقد كثير الوقوع في الحياة العملية : يتوقع شخص حاجته في المستقبل إلى أرض بجوار مصنعته أو منزله ، أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع شراءها فوراً ، فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا يبيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة ، فيتعهد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتعهد به الطرف الآخر .

يقوم المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة ، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد بيع العين له إذا رغب شراءها في خلال مدة الإيجار حتى ينفذ هذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً . يعد المالك من تسليم الشيء بشرط مذاقه أن يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته في الشراء في مدة معينة . وهذا ما يسمى ببيع للذوق (م ٤٢٢) . يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع في خلال مدة الإيجار ، وهذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع في الصور المتقدمة . يفتح مصرف حساباً جارياً لعميل قبل أن يقرضه شيئاً ، فيكون هذا وعداً من المصرف بالإقراض عند ما يريد العميل

(*) بعض المراجع : دموع ٢ فترة ٤٦٣ وما بعدها — ليدك (Leduc) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — ديشان (Deschamps)، رسالة من باريس سنة ١٩١١ — ساباتييه (Sabatier) رسالة من مونتيلييه سنة ١٩٣٦ — كوهرييه (Coherier) رسالة من يوانتييه سنة ١٩٣٩ — بلانيول وريير وبولانجييه ٢ فترة ٣٤٢ وما بعدها — نظرية العقد المؤلف فترة ٢٥٩ وما بعدها — حلي بهجت بدوي فترة ٦٧ — [حشمت أبو سنيت طبعة سنة ١٩٥٤ فترة ١٠١ ص ٩٨ — سليمان مرقس مصادر الالتزام سنة ١٩٦٠ فترة ١١٠ ص ١٤٢ — أنور سلطان مصادر الالتزام فترة ٩٧ ص ١١٥ — عبد الحى حجازي مصادر الالتزام ص ٣٧٧ — عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام فترة ١٠٤ ص ١٢٩ — جلال العلوي مبادئ الالتزامات ص ١٥٢] .

أن يقتضى . ويلاحظ فى كل هذه الصور — الوعد بالبيع والوعد بالشراء والوعد بالإقراض — أن العقد ملازم للجانب واحد هو الواعد ، أما الموعد له فلم يلتزم بشئ .

على أن هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها ملازماً للجانبين : يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً . يمنعهما من ذلك مثلاً إجراءات لا بد منها فى إبرام العقد النهائى كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو المحكمة الحسبية أو نحو ذلك . أو يمنعهما ضرورة الكشف عن العقار لتبين ما عسى أن يتقله من الحقوق العينية . أو يمنعهما أن هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائى وشهره وما لا يستطيعان الاضطلاع بها فى الحال ^(١) . هذه بعض أمثلة من الموانع التى تحول دون إبرام العقد النهائى فوراً . ولكن المتعاقدين قد قرر قرارهما على إبرام العقد ، ويريدان التمسك به منذ الآن ، فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يمد كل منهما فيه الآخر بأن يضى العقد النهائى فى مدة تعين فى الاتفاق . وهذا هو الاتفاق الابتدائى . وهو وعد بالتعاقد ، ولكنه وعد ملازم للجانبين .

ولننظر الآن كيف ينعقد الوعد بالتعاقد ، فى صورته الملزمة لجانب واحد والملزمة للجانبين ، وما الذى يترتب عليه من الآثار .

١ — كيف ينعقد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى

١٣٣ — الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائى : الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائى عقد ، كامل لا مجرد إيجاب . ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائى . وعلى هذين الأساسين ترتكز كل القواعد التى ستقررهما فى هذا الموضوع .

(١) ويقع كثيراً فى بعض هذه الصور أن المتعاقدين يقصدان أن يكون العقد الملزم عقداً نهائياً ، ويسميانه مع ذلك عقداً ابتدائياً . والعبارة فى ذلك بنية المتعاقدين (أنظر المشروع و لجنة المراجعة : بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧) .

وأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي . ويبان هذا أن الواعد بالتعاقد — بالبيع مثلاً — يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء . وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد كامل . ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع — أو على بيع تمهيدى في حالة الاتفاق الابتدائي — ولذلك يكون الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، مرحلة دون التعاقد النهائي ، وهو خطوة نحوه .

١٣٤ — ما الذى يجب الاتفاق عليه في الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من القانون المدنى الجديد على أن « الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينقذ إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها »^(١) . وهذا الحكم

(١) ترغ النص : وردت المادة ١٠١ بقترنيها في المشروع التمهيدي (م ١٥٠) على الوجه الآتى :
 « ١ — الاتفاق الابتدائي الذى يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب أن يتم فيها العقد .
 ٢ — إذا اشترط القانون لصحة العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذى يضمن وعداً بإبرام هذا العقد » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته على الوجه الآتى :
 « ١ — الاتفاق الابتدائي الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينقذ إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها » ٢ — وإذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذى يضمن الوعد بإبرام هذا العقد » . وأصبح رقم المادة ١٠٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل .
 وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استغفم عما هو مقصود بالشكل المعين ، فأجيب أن المقصود بالشكل هو الرسمية في عرف الفقه والتضاء ، فثلا عقد الهبة لا يتم إلا إذا كتب في ورقة رسمية طبقاً للأوضاع المقررة ، فالرعد بالهبة لا يتم هو أيضاً إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، وهذا هو مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ .
 (ملاحظة من المؤلف : الشكلية أوسع من الرسمية ، فقد الشركة في القانون الجديد يجب أن يكون مكتوباً (م ٥٠٧) وليس من الضروري أن يكون مكتوباً في ورقة رسمية ، فهو عقد شكلى دون أن يكون عقداً رسمياً . ويترب على ذلك أن الوعد بالشركة يجب أن يكون مكتوباً كعقد الشركة ذاته) . واعترض أمام لجنة القانون المدنى على كلمته « ابتدائي » الواردة في النص ، إذ هي قد تحدث لبساً ، لأن العمل قد =

نتيجة منطقية من أن كلا من الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي هو خطوة نحو التعاقد النهائي ، فوجب أن يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد ، أو بمجرد حلول الميعاد في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين .

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد . فإن كان يبرأ وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والتمن^(١) . وإن كان شركة وجب أن يتفقا على المشروع المالي الذي تكونت من أجله الشركة وعلى حصة كل شريك . وإن كان مقايضة وجب أن يتفقا على الشئتين اللذين يقع فيهما التقايض ؛ وهكذا . فإذا لم يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل ، فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي لا ينعقدان .

وتعيين المدة التي يجب في خلالها إبرام العقد الموعود به ضروري أيضاً لانقضاء الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي . وهذا التعيين قد يقع صراحة على مدة محددة أو قابلة للتحديد ، وقد يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يحدى تنفيذه بعد فوات وقت معين ، فهذا الوقت هو المدة التي يجب في خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هي المدة المعقولة ، وكان في عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد

— جرى على اعتبار العقود الابتدائية عقوداً نهائية ، فوافقت اللجنة على حذف الكلمة دفناً للبس . ثم وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ١٠١ (مجموعة الأعمال تحضيرية ٢ م ٧٢ — م ٧٦) . وانظر المادة ٢٢ من قانون الالتزامات الويسرى والمادة ٦٢ من قانون الالتزامات البولوني . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٢ (مطابق) — اللي م ١٠١ (مطابق) — الرقاق م ٩١ (مطابق) — اللبناني لا مقابل .

(١) وقدنفست محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع التي يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانقضاده ، وما يجرى به قاضى الموضوع من هذا التثبت — في دعوى صحة التعاقد — يجب عليه أن يورده في أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لم يتغلأر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، وليمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بمحققا في الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفيه وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد في قل الملكية محملاً فيه ركن الثمن المقول بان البيع تم على أساسه ، فإنه يكون مشوباً بفسور أسبابه ، متمنياً قضه (قض مدنى في ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ م ١١٣) .

بالتعاقد والاتفاق الابتدائي لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك .

١٣٥ — الموعود بالتعاقد والمواعيد المبرمات في العقود الشكائية : وإذا كان العقد

الموعود به عقداً شكلياً ، كالهبة والرهن الرسمي والشركة ، فإن الشكل الذى يعتبر ركناً فيه — ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة — يعتبر أيضاً ركناً فى الوعد بالتعاقد وفى الاتفاق الابتدائى . وهذا ما قضى به صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، فهى تنص على أنه « إذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد »^(١) .

فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائى الشكل المطلوب وقع باطلاً^(٢) . فالوعد بالرهن الرسمي إذا لم يفرغ فى ورقة رسمية كان باطلاً ، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً بأن يجبر على إبرام الرهن الرسمي ، لأن هذا يقتضى تدخلاً شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الرهن ، وإجباره على هذا التدخل الشخصى ممتنع^(٣) . ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم على الواعد بالتنفيذ مقام الرهن الرسمي لأن الوعد بالرهن باطل كما قدمنا ، ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمى دون ورقة رسمية ، إذ يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمى يصلان به إلى حكم يقوم مقام الرهن الرسمي .

ولكن يجوز أن يؤدى الوعد بالرهن الرسمي غير المفرغ فى ورقة رسمية إلى النتيجة

(١) أنظر هامش فقرة ١٣٤ فى تاريخ هذا النص وفيما يتأمله من التفتيات المدنية العربية الأخرى . [وأنظر تطبيقاً لهذا النص بالنسبة إلى عقد الهبة فى المادة ٤٩٠ مدنى] .

(٢) ويلاحظ أن العقد إذا كان رضائياً ، فإن الوعد بهذا العقد يكون رضائياً مثله ، حتى لو اشترط المتعاقدان عند الوعد بالتعاقد أن يكون العقد التام مكتوباً فى ورقة رسمية . ذلك أن الرسمية المطلوبة فى العقد التام قد اشترطها المتعاقدان ولم يشترطها القانون ، فالعقد الموعود به هو فى أصله عقد رضائى لا عقد شكلى .

(٣) [سليمان مرقس فقرة ١١٤ ص ١٥٠ — أنور سلطان فقرة ١٠٠ ص ١١٨ — عبد النعم فرج الصدة فقرة ١٠٦ ص ١٣٢] .

الآتية : يعتبر عقداً غير معين^(١) تم بإيجاب وقبول وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ورتب التزاماً شخصياً في ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينا ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص فيؤدي عملاً إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمي . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذي كان يراد ضمانه بالرهن ، وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض^(٢) .

(١) [ويمكن تخريج ذلك على أن العقد الباطل قد تحول إلى عقد صحيح غير مسمى طبقاً للمادة ١٤٤ مدني : انظر جلال العلوي بمبادئ الالتزامات ص ١٥٢] .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يتناول النص حكم الوعد بالتأكد سواء فيما يتعلق بالتعويض المترتبة للجائين والتعويض المترتبة للجانب واحد . ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق التمهيدي تحديد المسائل الأساسية في التأكد والمدة التي يتم فيها . أما فيما يتعلق بالشكل فلا يشترط وضع خاص — على هتيف التقنين البولوني فهو يشترط الكتابة إطلاقاً في المادة ٦٧٢قرة ٢ — إلا إذا كان القانون يلقى صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين ، ففي هذه الحالة فيسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدي نفسه . ووجه هذا النظر أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذي يفرضه القانون ، ما دام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التأكد المراد عقده فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويمكن بلوغ هذه الغاية أن يسهل المتعاقدان عن إبرام العقد الذي يرغب في الإفلات من التدور الخاصة بشكله ، ويعمداً إلى عقد اتفاق تمهيدي أو وعد بإتمام هذا العقد لا يستوفي فيه الشكل المفروض ، ثم يصعدوا حكماً يقرر إتمام التأكد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة التعويض المتقدم ذكرها . ومع ذلك فالوعد بإبرام عقد رسمي لا يكون خلواً من أي أثر قانوني إذا لم يتوفّر ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التأكد المقصود فعلاً ، فهو بذاته تعاقداً كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض « بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٣ — ٧٥) .

هنا وينتقد الدكتور أبو غافية في رسالته (التصرف القانوني المجرد نسخة فرنسية ص ٦٠ وما بعدها) القانون الجديد في أنه جعل الوعد بالتأكد الشكلي — إذا لم يفرغ في الشكل المطلوب — باطلاً . وهو يرى وجوب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان الشكل قد فرضه القانون لصحة التعاقد فيكون الوعد في هذه الحالة باطلاً ، أو فرض لصحة الغير حماية لهم من الفسح وإبرازاً لإرادة المتعاقدين فيكون الوعد في هذه الحالة صحيحاً (أنظر في هذا المعنى قانون الالتزامات السويسري م ٢٢٢قرة ٢) . ويستند في ذلك إلى أن القانون هو الذي يفرض الشكل وهو الذي يبين جزاءه ، فينبغي أن يكون هذا الجزاء مرئياً بتلامع مع الظروف في كل حالة ما دام الشكل أمراً خارجاً عن الإرادة ولا يبنى عنها

ونحن نعلم مع الدكتور أبو غافية بأن الشكل في القانون الحديث وظيفته خارجية لا داخلية ، وأنه لا يبنى عن وجود الإرادة . وعلى هذا الأساس يكون الشكل من صنع القانون ، وهو الذي يبين له الجزاء الكافي في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لا ترد عليه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلاً (م ٤٨٩ جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل =

١٣٦ - شروط انعقاد العقد الموعود به متى تراعى في الوعد

بالتعاقد والانعقاد الإرشائي : ولما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائي ، فإن شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة قد تكون مطلوبة في عقد الوعد ذاته . ذلك أنه ، كما قدمنا ، لا يحول في الوعد دون الوصول إلى العقد النهائي إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، أو حلول اليعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبين (أى اتفاقاً ابتدائياً) .

ويترب على ذلك أن الوعد إذا كان ملزماً للجانبين ، فإن الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائي في كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضاً في الاتفاق الابتدائي . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون أهلاً للتعاقد النهائي في هذا الوقت حتى لو قد انقضت الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حصر عليه مثلاً^(١) . وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما

أن يستكمل ، وأن يحتج به في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية . بل إن هذا هو أيضاً شأن الشكل ذي الوظيفة الفاحلية — كما كان الأمر في القانون الروماني — إذ القانون استقل هنا كذلك بصم الشكل ، وأمن في ذلك إلى حد أن استثنى به عن الإرادة .

فإذا رأى المشرع أن يجعل الوعد بالعقد الشكلي شكلياً مثله ، وأن يرتب على الإخلال بهذا الشكل بطلان الوعد — دون تفرقة بين ما إذا كان الشكل لمصلحة المتعاقدين أو لمصلحة الغير وهي تفرقة تدف في كثير من الأحيان — فله ذلك . وهو لا يخل في هذا بسلطان الإرادة ما دام قد ميز الوعد بالعقد وارتفع به عن عرض اتفاق ملزم إلى جله سيلاً للوصول إلى العقد الكامل عن طريق حكم قضائي . إذ لا يجوز في طبيعة الأشياء أن الوعد بقصد شكلي يؤدي مباشرة إلى هذا العقد الشكلي ما لم يكن الوعد ذاته مفرغاً في الشكل المطلوب ، ولا جاز دائماً التعايل على الشكل .

ولكن لا يجوز للمشرع ، من ناحية مبدأ سلطان الإرادة ، أن ينكر على أي وعد قوته الملزمة حتى لو لم يفرغ في الشكل المطلوب ، لا باعتبار أنه وعد بقصد معين ، بل على أساس أنه اتفاق غير مسمى ، وهو ملزم على كل حال . ولما يجب على المشرع أن ينكر على هذا الاتفاق أن يؤدي مباشرة إلى العقد الشكلي الكامل ما لم يكن مفرغاً في الشكل المطلوب . وهنا هو ما قرره المذكرة الإيضاحية للمشروع التيميدى ، وهو ما اتفقه الدكتور أبو عافية في رسالته دون نظر إلى الاعتبارات التي قدمناها .

(١) ويشترط طبياً ألا يقع أي تعديل فيها التزم به الواعد وقت الوعد (أنظر في هذا المعنى ديموج ٢ فقرة ٥٢١ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٤٥) .

أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك لأنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد — أى التمييز — وقت الوعد لأن الوعد عقد كامل كما قدمنا وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضا فى كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه فى كل منهما صحيحاً .

وسواء كان الوعد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين فإن مشروعية الغل والسبب يكفى توافرها وقت التعاقد النهائي ، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد .

ب — الآثار التى تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى

١٣٧ — ممرلتاه بفصلهما ملول الميعاد أو ظهور الرغبة : إذا انعقد الوعد صحيحاً على النحو الذى قدمناه ، فإن الأثر الذى يترتب عليه يجب أن نميز فيه بين مرحلتين . فإذا كان الوعد ملزماً للجانبين (اتفاقاً ابتدائياً) فإن حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي هو الذى يفصل ما بين هاتين المرحلتين . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فإن الذى يفصل بينهما هو ظهور رغبة الموعود له فى التعاقد النهائي .

١٣٨ — قبل ملول الميعاد أو ظهور الرغبة : فى المرحلة التى تسبق حلول الميعاد أو ظهور الرغبة لا يكسب الوعد إلا حقوقاً شخصية ولا يرتب إلا التزامات ، حتى لو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقاً عينياً كما فى البيع .

يتبين ذلك فى الاتفاق الابتدائى (الوعد الملزم للجانبين) ، فإن كلا من الطرفين يكون ملزماً ، فى المرحلة التى تسبق حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي ، بإبرام هذا العقد عند حلول الميعاد ، وهذا التزام بعمل . ويتبين ذلك أيضاً فى الوعد الملزم لجانب واحد ، فإن الواعد وحده يترتب فى ذمته التزام شخصى أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له ، وهذا أيضاً هو التزام بعمل ، أما للموعود له فلا يلتزم بشيء .

فإذا كان العقد النهائي المراد إبرامه هو عقد بيع ، وتم اتفاق ابتدائي ملزم لجانب واحد ، فإن الموعد له بالبيع في الحالتين لا يكسب في هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً في ذمة الواعد ، ولا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه . ويترب على ذلك أمران لا يخلوان من أهمية عملية :

(أولاً) يبقى الواعد مالكا للشيء . فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي ، ويسرى تصرف الواعد في حق الموعد له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار . فإذا باع العين وسجل البيع ، فليس للموعد له إلا الرجوع بتقويض على الواعد .

(ثانياً) إذا هلك الشيء قضاء وقدرأ تحمل الواعد تبعه هلاكه ، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر بحسب كما في العقد النهائي ، بل أيضا لأنه لا يزال المالك . ولكنه لا يكون مسئولاً عن الضمان نحو الموعد له اذ المفروض أن الشيء قد هلك قضاء وقدرأ^(١) .

١٣٩ — بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : أما المرحلة الثانية فتصل ، في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين ، بحلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائي . فإذا حل هذا الميعاد التزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائي ، وجاز إجباره على التنفيذ عيناً على النحو الذي سنبينه فيما يلي . ومتى وقع التعاقد النهائي التزم كل من المتعاقدين بأحكامه^(٢) .

(١) وكهلاك الشيء نزع ملكيته ، يتحمل الواعد تبعه ، ولكن لا يكون مسئولاً عن الضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز بحال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بض العين للنسبة الصامة ، لأن نزع ملكية المبيع يجري عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتماً على المالك ، وبموجب التزم العقل لا يضمن عنه الواعد بالبيع (قس مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٤ ص ٢٤٠) .

(٢) وإذا اختلف العقد النهائي عن الاتفاق الابتدائي فالعبرة بالعقد النهائي فهو الذي تم عليه الاتفاق نهائياً . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لهذه القاعدة ، بأنه إذا كان الحكم فيها حصله من وقائم الدعوى لتجديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئة لمعرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذي اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين (قس مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٢) .

وتحل المرحلة الثانية في الوعد الملزم لجانب واحد بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد الموعود به وذلك في خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة سقط الوعد بالتعاقد^(١) . أما إذا ظهرت ، صراحة أو ضمناً كأن تصرف الموعود له في الشيء الموعود ببيعه إياه ، فإن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضا جديد من الواعد^(٢) . ويعتبر التعاقد النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد .

وإذا اتضى إبرام العقد النهائي تدخل شخصياً من الواعد ، في حالي الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم لجانب واحد ، كما إذا كان هذا العقد يماً واقماً على عقار ولزم التصديق على إمضاء البائع تمهيداً للتسجيل ، فامتنع البائع عن ذلك ، جاز استصدار حكم ضده ، وقام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى مقام عقد البيع ، فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشتري . ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلي إذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكل المطلوب ، فقد قدمنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد ، بل يقتصر القاضي على الحكم بالتعويض . أما إذا كان الوعد بعقد شكلي قد استوفى الشكل الواجب فإن الحكم في هذه الحالة يقوم مقام العقد . وهذه الأحكام نص عليها القانون المدني الجديد صراحة في المادة ١٠٢ ، فهي تقضى بأنه « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتام العقد ، وبخاصة

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المظنون عليه قد تعهد بأن يبيع عقاراً للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن في خلال مدة معينة ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيف هنا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المظنون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولا غنية إذا اتضى الأجل دوت أن يظهر الطاعن رغبته في الشراء (قس مدني ٦ مايو سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض • رقم ١٧٤ ص ٨٣٤)] .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق الطرفان على أن أحدهما الخيار في مدة معينة في أن يشتري العين ، فإن صاحب الخيار لا يتطل من التضمنات إلا عند عدم قبول التعاقد في الفترة المحددة للاختيار . أما إذا قبل التعاقد فإنه يصبح مسئولاً عن تنفيذه وملزماً بالتضمنات في حالة عدم التنفيذ (قس مدني ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠) .

ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقسام المقد^(١) .

§ ٢ — العربون

(Les arrhes)

١٤٠ — العربون ودولته في القوانين الأجنبية : يتفق أحياناً أن يدفع أحد

المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال — يكون عادة من النقد — يسمى العربون^(٢) . وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار ، فيدفع المشتري للبائع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥١ في المشروع التهديدي على الوجه الآتي : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ، وامتنع عن تنفيذ وعده ، جاز للحكمة أن تعمد له أجلاً للتنفيذ إن طلب المتعاقد الآخر ذلك ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة . فإذا لم يتم إبرام العقد في الأجل المحدد ، يقوم الحكم ، متى حاز قوة الشيء المحكوم فيه ، مقام النقد » . ولما تولى النص في لجنة المراجعة لوحظ أن هذه المادة لا تعرض للحالة التي يوجد فيها عقد يسمى خطأ بالعقد الابتدائي وهو في الواقع عقد نهائي ، لأن هذه الحالة منصوص عليها في المادة ٢٨٧ من المشروع التهديدي (تقابل المادة ٢١٠ من القانون الجديد) ، وإنما يعرض النص لحالة ما إذا وجد عقد ابتدائي بالمعنى الصحيح يتلوه عقد نهائي ، لا سيما إذا كان العقد من العقود الشكلية كالرهن الرسمي ، ففي وجد وعد برهن رسمي مثلاً ، وكان هذا الوعد قد استوفى الشروط الشكلية ، جاز إذا لم ينفذ الواعد وعده أن يجبر على ذلك ، ويقوم الحكم مقام العقد النهائي . وهذا الحكم ليس مقطوعاً به في القانون الحالي فوجب النص حتى يزول كل شك . فأثير إعتراض على تحديد أجل التنفيذ ، واستقر الرأي بعد المناقشة على حذف هذا الشرط ، وأصبحت المادة في نصها النهائي كما يأتي : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وفاض المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم ، متى حاز قوة الشيء المقضى به ، مقام النقد » . وأصبح رقم المادة ١٠٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « تمام العقد » بعبارة « لصحة العقد » ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٧٧ — م ٧٩) — انظر أيضاً المادة ٦٢ الفقرة الثالثة من القانون البولوني . ويقابل النص في التقنيات العربية الأخرى : السوري م ١٠٣ (مطابق) — الليبي م ١٠٢ (مطابق) — العراقي (لا مقابل — اللبائي (لا مقابل) .

(٢) [أنظر في العربون : ريدوان Redouin : العربون في القانون الفرنسي — رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ — و (ديكوتتي) في موسوعة دالوز ١٩٥١ ص ١٠٤ — وفي الفقه المصري : الدكتور حشمت أبوستيت فقرة ١١٨ ص ١١٢ — الدكتور أنور سلطان فقرة ١٠٥ ص ١٢٥ والدكتور عبد الحى حجازي فقرة ٢٢٦ ص ٣٢١] .

أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة . ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في المدول عن العقد بأن يدفع من يريد المدول قدر هذا العربون للطرف الآخر . وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون .

وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدالتين المتعارضتين فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة المدول^(١) ، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت^(٢) . وغنى عن البيان أن كلتا الدالتين قابلة لإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالة الفروضة وجب الوقوف عند ما أراه المتعاقدان .

١٤١ — العربون في التقنين المرنى القديم : لم يرد نص عن هذه المسألة في التقنين المدني القديم ، فكان القضاء المصرى يتردد بين الدالتين^(٣) . وكان في ذلك يأخذ بنية

(١) أنظر مثلاً المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسى والمادة ١٢١٧ من القانون الإطالى القديم . ومع ذلك أنظر المادة ١٧٠ من المشروع الفرنسى الإطالى .

(٢) أنظر المادة ٣٣٦ من القانون الألمانى والمادة ١٥٨ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٧٤ من القانون البولوى .

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط العربون لا يدل على جواز المدول بل على إثبات حق الفسخ مع تحديد التعويض الواجب عند التخلف عن الوفاء (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ ١٧ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٤) ، على أن المشتري الذى يفقد العربون بسبب التخلف عن تنفيذ العقد لا يحق له إقامة الدليل على أن البائع لم يصب ضرر من جراء ذلك على قبض ما يجرى بشأن الشرط الجزائى (١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ — أول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٢) ، وقضت كذلك بأن العربون قد يدل على الثبات (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٢٨ ص ٤٥) .

وفى دعاوى أخرى قضت المحاكم المصرية بأن العربون فى حالة الشك يدل على جواز المدول (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ — القضاء المستعجل فى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٢ ص ١١١ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان العربون دليل المدول لوقت معين ، فلا يجوز المدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يبين وقت لجواز المدول فيجوز المدول إلى وقت التنفيذ . وبأنه لا يجوز إساءة استعمال الحق فى المدول ، فالبائع الذى أظهر نية فى أن يمضى فى العقد دون استعمال حقه فى المدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامه ثم عدل بعد ذلك فجأة لا يقتصر على خسارة العربون بل يجب أيضاً أن يدفع تعويضاً لإساءته استعمال حقه فى المدول (٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥) .

المتعاقدين^(١) . وفسر هذه النية عند غموضها في ظل العرف الجاري . والظاهر أن العرف في مصر يميز بين البيع والإيجار . ففي البيع تكون دلالة العربون في العقد الابتدائي جواز المدول وفي العقد النهائي التأكيد والبت^(٢) . أما في الإيجار فالعربون دليل على التأكيد والبت لا على جواز المدول : ويعتبر تجيلاً لجزء من الأجرة تنفيذاً للعقد .

١٤٢ — العربون في التقنين المصري : أخذ القانون المدني الجديد ، حسماً للخلاف والتردد ، بدلالة جواز المدول . ومن هنا كان العقد المقترب بعربون مرحلة غير بانه في العقد النهائي ، إذ يجوز المدول عنه .

وقد نصت المادة ١٠٣ من القانون الجديد على ما يأتي :

« ١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في المدول عنه ، إلا إذ قضى الاتفاق بغير ذلك » .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد ، وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعل عقداً مبرماً بينهما على وجه نهائي ، وقد يريدان أن يجعل لكل منهما الحق في إمضاء العقد أو نقضه ، ونية العاقدين هي وحدها التي يجب التوصل إليها في إعطاء العربون حكمه القانوني . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انضمت على تامة ، وأن المبلغ الذي وصف فيه بأنه عربون ما هو في الواقع إلا قيمة التعويض الذي انضما على استحقاقه عند الفسخ السبب عن تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسيراً للعقد تحتمله عباراته ، فذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض (قض مدني في ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ من ١٣٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون ، وقد تكون لتأكيد العقد لا لجواز المدول عنه ، تترك لتفسير نية المتعاقدين (٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٥٧) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا دفع العربون وقت تحرير العقد الابتدائي كان هذا دليلاً على جواز المدول ، أما إذا دفع عند تحرير العقد النهائي فلا يجوز المدول (٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٩) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون في العقد الابتدائي دليل على جواز المدول ، وفي العقد النهائي دليل على الثبات : ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ من ٧٤ (عقد ابتدائي) — ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٢٢ — ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٢٠٤ — ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٥٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ من ١١ (عقد نهائي) — ٥ أبريل ١٩٣٨ م ٥٠ من ٢١٥ (وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) — محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ١٠٣ .

« ٢ — فإذا عدل من دفع العيوب قده ، وإذا عدل من قبضه رد ضمه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر »^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١ — يكون العيوب المدفوع وقت إبرام العقد دليلاً على أن العقد أصبح بائناً لا على أنه يجوز المدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ٢ — فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد ، فللمتعاقدين الآخر أن يختار بين التنفيذ والفسخ . وله في حالة الفسخ أن يحتفظ بالعيوب التي قبضه أو أن يطالب بضمف العيوب التي دفعه ، حتى لو لم يلحق به الفسخ أى ضرر . هذا مع عدم الإخلال بحقه في استكمال التوضيح إن اقتضى الأمر ذلك . ٣ — ويسرى حكم هذه المادة أيًا كانت الألفاظ التي عبر بها المتعاقدين عن العيوب » . ولما تلى النص في لجنة المراجعة أقرته اللجنة في المشروع النهائي تحت رقم ١٠٥ بعد إبدال نص الفقرة الأولى بالنص الآتي : « ١ — دفع العيوب وقت إبرام العقد يفيد أن العقد بات لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ توقفت المادة تفصيلاً ، ورأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخاف ما قرره ، وقالت في تقريرها ما يأتي : « رأيت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ما قرره المادة تشبيهاً مع العرف ، فعدلت الفقرة الأولى باستبدال عبارة « لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه » ، بعبارة « العقد بات لا يجوز العدول عنه » ، وحذف عبارة « أو العرف » لزوال وجه الحاجة إليها بعد التعديل ، واستعاضت عن الفقرة الثانية بالنص الآتي : « فإذا عدل من دفع العيوب قده ، وإذا عدل من قبضه رد ضمه ، ولو لم يترتب على العدول ضرر » . وقد صدرت اللجنة في هذه الإضافة عن وجوب التمشي مع العرف ، ولم ترعاً للابقاء على الفقرة الثالثة فحذفها تاركاً أمر تفسيرية المتعاقدين لتقدير القاضي . وأصبح النص كالآتي : « ١ — دفع العيوب وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ — فإذا عدل من دفع العيوب قده ، وإذا عدل من قبضه رد ضمه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر » . وأصبح رقم المادة ١٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (بمجموعة الأعمال تحضيرية ٢ ص ٨٠ — ص ٨٩ — وراجع المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في ص ٨١ — ص ٨٤) .

ويقابل النص في التقديرات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٠٤ (مطابق) — الليبي م ١٠٣ (مطابق) — العراقي م ٩٢ (العيوب دليل على الثبات لا دليل على جواز الرجوع) — اللبناني لا مقابل .

هذا وقد تضمن المشروع التمهيدي نصين آخرين ، هما المادتان ١٥٣ و ١٥٤ من هذا المشروع . فنص المادة ١٥٣ على ما يأتي :

« ١ — إذا تم الالتزام الذي من أجله دفع العيوب خصم العيوب من قيمة هذا الالتزام ، فإذا استحال الخصم استرد العيوب من دفعه . ٢ — وتعين كذلك رد العيوب إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسئولاً عنها . أو إذا فسح العقد خطأً من المتعاقدين أو بائناً بينهما ، وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . ونصت =

ويُبين من هذا النص أنه إذا دفع عربون وقت إبرام العقد ، ولم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أنه إنما دفع لتأكيد البتات في التعاقد ، كان دفعه دليلاً على أن المتعاقدين أرادا أن يكون لكل منهما الحق في المدول عن العقد ، يستوى في ذلك البيع والإيجار وأى عقد آخر . فإذا لم يبدل أحد منهما عن العقد في خلال المدة التي يجوز له فيها المدول ، أصبح العقد باتاً ، واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له ، وجب استكمال التنفيذ . أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه في المدة التي يجوز له فيها ذلك ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء المدول . فإذا كان هو الذى دفع العربون فإنه يفقده . ويصبح العربون حقاً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذى عدل هو الذى قبض العربون ، فإنه يردده ويرد مثله ، أى يرد ضعفيه^(١) ، للطرف الآخر ، حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون جزاء عدوله عن العقد^(٢) . ويلاحظ أن النص يترتب التزاماً بدفع قيمة العربون في ذمه الطرف الذى عدل عن العقد ، لا تعويضاً عن الضرر الذى أصاب الطرف الآخر من جراء المدول ، فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على المدول أى ضرر كما هو صريح النص ، بل تفسيراً لنية المتعاقدين ، فقد فرض المشرع أن للمتعاقدين أرادا إثبات حق المدول لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قدر العربون ، فجعل العربون مقابلاً لحق المدول . وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى ، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان

== المادة ١٥٤ على ما يأتى : « إذا اتفق المتعاقدان على أن العربون دليل على جواز المدول عن العقد ، كان لكل منهما حق المدول ، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه ترده ، وإن عدل من قبضه رد ضعفه » وقد حذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ هذا النص بناء على تعديل المادة ١٠٣ من القانون على الوجه السابق الذكر . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٠ — ٨٢ في الماشى) .

(١) الصحيح لغة « ضعف » كما ورد في نص القانون . فالضعف هو المثل ، والمثلان ضعفان لا ضعف واحد . وضعف الضعف مثله في القدر أو مثله وزيادة غير محصورة . وقد أجاز القانون الجديد أن يقول الضعف وهو يريد الضعفين ، مؤثراً ذلك الخطأ المشهور على هذا الصواب المجهور ، حتى يجنب اللبس في صدد نصوص تشريعية الخطأ في تطبيقها يؤدي إلى نتائج عملية خطيرة .

(٢) [نقتض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٩ ص ٢٧٥ ، ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٢ ص ٤٩٥ — ٢٢ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٥ ص ٣٦٩ — ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٨ ص ٥٠٨] .

لقية التعويض عن الضرر الذى ينشأ عن الإخلال بالعقد . ومن ثم جاز للقاضى تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أى ضرر . وسيأتى بيان ذلك عن الكلام فى الشرط الجزائى ^(١) .

أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد للإتيات حق المدول ، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه . فلا يجوز لأحد منهما المدول عن العقد ، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمالُه . وتجرى على العقد الذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضروري أن يقلر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامة الضرر .

المبحث الثانى

صفحة التراضى

١١٤ — **الأهلية وعيوب الإرادة** : كل ما قدمناه إنما هو فى وجود التراضى ، ولا يكفى أن يكون التراضى موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً . والتراضى لا يكون

(١) أنظر المواد ٢٢٣ — ٢٢٥ من القانون الجديد . ويختلف العربون عن الشرط الجزائى أيضاً فى التكيف القانونى .

فالعربون الذى يدفع فى مقابل المدول عن العقد يمكن تكيفه بأنه بدل فى التزام بدلى . ويكون المدين ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد فى العقد ودائماً بالحق الذى يقابل هذا الالتزام ، ولكن تبرأ منه من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون (م ٢٧٨) . ومؤدى ذلك أن المدول فى حالة دفع العربون لا يكون عن العقد فى جلته ، بل عن الالتزام الأصل والحق المقابل له ، والعربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد فى أحد شطريه وهو البذل ، لا عدول عنه فى جلته .

أما الشرط الجزائى فالتعويض تماماً ، بل هو تعويض مقدر اتفق عليه المتعاقدان مقدماً . فالتكيف القانونى للشرط الجزائى هو ذات التكيف القانونى للتعويض . ولا يجوز القول بأن التعويض بدل فى التزام بدلى ، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلى تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً . ومطالب به الدائن . ولا هو أحد المحلين فى التزام تغييرى ، فالمدين لا يغير بينه وبين التنفيذ السوى إذا أراد الدائن هذا التنفيذ وكان ممكناً ، ولا خيار للدائن كذلك بين المحلين إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني .

صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذى أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب^(١) وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام في الأهلية ، ثم في عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الأهلية(*)

(La capacité)

١١٤ — التقنين القديم والتقنين الجديد : اقتصر التقنين القديم في الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م ١٢٩ — ١٣٠ / ١٨٩ — ١٩٠ قديم) ، ثم ذكر أن الجزاء مع نقص الأهلية هو إبطال العقد (م ١٣١ — ١٣٢ / ١٩١ — ١٩٢ قديم) .

أما التقنين الجديد فقد عرض لأحكام الأهلية في شيء من التفصيل ، فأشركت نصوصه

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة ١٦٢ في هذا المشروع يجري بما يأتي : « يجوز إبطال العقد : أولاً — لعدم توافر الأهلية في المتعاقدين أو في أحدهما . ثانياً — لميب في الرضاء » . وما تلى هذا النص في لجنة المراجعة اقترح حذفه لأنه يحدد حالات منصوصاً عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ١١٠ في الملامح) .

(*) بعض المراجع : دمج ٢ فقرة ٦٦١ وما بعدها — كايان في مقدمة القانون من ١٤٤ وما بعدها — بنكاز تكملة مبسوط بودري جزء ٢ — بلانيول وريير وبولانجيه فقرة ١٤٥ وما بعدها — فتحي زغلول في شرح القانون المدني ص ٢٦ وما بعدها — الطوبج والتوضيح ٢ ص ٧٢٦ وما بعدها — مرشد الحيران م ٢٦٨ — ٢٨٤ — شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٥٣٤ وما بعدها — مقال للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى — مقال للأستاذ عزيز خانكي في بيع عقارات القصر (الشرائع ٤ ص ١٩٢ — م ٢٠٧) . مقال للأستاذ حافظ رمضان (باشا) في تصرفات المحجور عليه قبل وبعد الحجر في المحاماة السنة الأولى — مقال للأستاذ أحمد نشأت في السنة الموجب للحجر في المحاماة السنة الرابعة — والتون ١ ص ٣٤٧ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣١٦ وما بعدها — حلي يهجت بدوى فقرة ٨٣ وما بعدها — أحمد حشمت أبو سبت فقرة ١٣٨ وما بعدها — [سليمان مرقس فقرة ١٧١ ص ٢٢٣ — أنور سلطان فقرة ٦٠ ص ٦٩ — عبد النعم فرج الصمد فقرة ١٢٩ ص ١٥٩] .

مع نصوص قانون الولاية على المال (قانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الصادر في ٣٠ يولييه سنة ١٩٥٢) في كثير من الأحكام التي تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطر من قانون الأحوال الشخصية تم توحيد للمصريين كافة . أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين الجنسيات التي ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م ١١ جديد) ^(١) .

ونبحث في إيجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم ننقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون الجديد .

١ — النظرية العامة في الأهلية

١٤٥ — أهلية الوجوب : يميز الفقهاء بين أهلية الوجوب (capacité de jouissance) وأهلية الأداء (capacité d'exercice) .

و يعرف علماء أصول الفقه الإسلامي أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية . فالشخص ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فكل إنسان — بعد أن أبطل الرق — شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب . وثبت له

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في نظرة عامة في الأهلية ما يأتى : « اكتفى في أهلية التعاقد بالنس على اعتبار الشخص أهلاً للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته ، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سيما ما تعلق منها بتحديد ما يكون لاصداع الأهلية أو قصها من أثر في صحة الرضاء . أما التفصيلات فوضها القوانين الخاصة بذلك . ولم ير عمل للابقاء على نص المادة ١٨٩/١٢٩ من التقنين الحالي لأنها تتناول تحديد دلالة الأهلية المطلقة والأهلية المقيدة ، وهي مسألة من مسائل التنظيم الموضوعي . أما المادة ١٩٠/١٣٠ من التقنين الحالي ، وهي الخاصة بتعيين القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأهلية ، والمادتان ١٣١ — ١٩١/١٣٢ — ١٩٢ الخاصتان بالرجوع على القاصر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب ، فقد حلت في المشروع مكانها الطبيعي ، فوضعت الأولى بين قواعد تنازع القوانين في النصوص التمهيدية ، والمادتان الأخريتان وردتا في سياق قواعد البطلان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩) .

هذه الأهلية من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً ، إلى وقت موته ، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه . وكذلك الشخص الاعتبارى شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية ليست فى الواقع إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فإذا انضمت أهلية الوجوب انضمت الشخصية معها ، وذلك كالجنين يولد ميتاً ، وكالميت بعد سداد ديونه ، وكجاعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية ، وكالشركة بعد أن تصفى ، وكالرقيق فى القوانين التى كانت تبيح الرق ، وكن يحكم عليه بالموت المدنى فى القوانين التى كانت تبيح ذلك ، وكالراهب فى قوانين بعض الطوائف الدينية^(١) .

(١) هذا وقد صدر حكمان متناقضان من محكمة استئناف مصر الوطنية ، أحدهما يعترف بالقوانين المسيحية فى الرهينة ويطبقها على أنها عادة لها قوة القانون (٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٤ ص ٧٤٤) ، والمحكمة الثانى يقضى بمكس ما قضى به المحكم الأول ، فيعتبر قوانين الرهينة قوانين دينية محضة لا يعترف بها القانون ، وهى مخالفة للقوانين الأهلية التى تحظر من الظلم العام ، وأن مجرد الرهينة لا ينقل مال الراهب إلى الدرر بل لا بد من اتخاذ الطريقة القانونية لذلك كأن توهب للدير أو توقف عليه (٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٥ ص ٧٤٦) .

ثم صدر حكم من محكمة النقض يقضى بأن الرهينة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية فى مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية إذ اختصت الرهبان ببعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجركية ، والقانون فى المادة ١٤ من الأمر العالى الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب واختصاصات المجلس الملى لطائفة الأقباط الأثوذكس قد صرح بأن للرهينة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على قاذ الأحكام المقررة له . ومن هذه الأحكام أن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهينة يعتبر ملكاً للبيعة التى كرس حياته لحفظها . ويترتب على ذلك أن الأموال التى تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكاً للبيعة . فالحكم المطعون فيه إذ عد الطران مالاً كما لا اشراه وقت أن كان شاغلاً منصبه الدينى لمجرد أن القود صادرة له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة قد أخطأ فى عدم الأخذ بالقواعد الكنسية المحددة للعلاقة المالية بين الرهبان والكنيسة حالة كونها قانون الطرفين (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣١) .

والظاهر من هذه الأحكام أنه يجب التمييز بين : (أولاً) ما يملكه الراهب قبل دخوله فى الرهينة — وكذلك ما يملكه حتى بعد دخوله الرهينة عن ميراث أو وصية — فهذا يبق ملكاً خاصاً له يورث عنه لأن شخصية الراهب لا تصمم بدخوله سلك الرهينة فإن ذلك مخالف للنظام العام . (ثانياً) ما يملكه بعد دخوله فى سلك الرهينة عن غير طريق الميراث أو الوصية ، فهذا يكون ملكاً للكنيسة . لأن شخصيته انضمت ، بل لأنه يعتبر ، طبقاً لقوانين الكنيسة التى تطبق هنا لعدم مخالفتها للنظام العام ، نائباً عن =

١٤٦ — أهلية الأداء : وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق . ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون مستمتماً بالحق ، وهذه هي أهلية الوجوب ، دون أن يستطيع استعماله بنفسه ، وهذه هي أهلية الأداء . ويتبين من ذلك أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلاً تاماً . والذي ينبغي هنا هو أهلية الأداء ، فإذا أطلقنا الأهلية كانت هي المقصودة .

ويمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة : ١ — عقود اغتناء ، وهي عقود يفتنى من يباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك كالهبة بالنسبة إلى الموهوب له . ٢ — عقود إدارة ، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . ٣ — عقود تصرف ، وترد على الشيء للتصرف فيه بعوض للبيع بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري . ٤ — عقود تبرع ، وترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة إلى الواهب .

فمن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود ، ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام . كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الاغتناء وعقود الإدارة ، ولا يصلح أصلاً لمباشرة عقود التبرع . وقد تكون الأهلية معدومة كما هي حال الصبي غير المميز ، فهو لا يصلح لمباشرة أى قسم من هذه الأقسام الأربعة .

١٤٧ — تمحيص الأهلية بتمييزها عن غيرها مما يتبسببها : الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز . فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انصلمت أهليته .

= الكمية في تلك هذه الأموال . ويؤيد هذا التمييز ما ورد في كتاب القوانين لابن الصال (طبعة سنة ١٩٢٧ م ٣١٥) : « ليكن مروعاً ما للأستق إن كان له شيء ، وليكن مروعاً ما لليلة ، لكي ما يكون له سلطان على ما كان له ليطيح فيه ربه ما أحب ويورثه لمن أراد ... فأما ما افتناه بعد الاستقنية فهو لليلة ، ليس له أن يوصي في شيء منه إلا ما صار إليه من ميراث من والدين أو إخوة أو أعمام . »

ويجب التفريق بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هي ما عرفنا . أما الولاية على المال فهي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير . مثل ذلك الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور والغائب ، فلا يقال إن الولي له أهلية التصرف في مال الصغير ، بل يقال إن له ولاية التصرف في هذا المال . فالولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

كذلك يجب التفريق بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله ، ويرجع ذلك لنقص في التمييز عنده . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص في الأهلية عنده راجع إلى نقص في التمييز ، بل لعدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف .

ويجب التفريق أخيراً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ، ولا يرجع ذلك لنقص في التمييز عند الشخص المنوع كما في قص الأهلية ، ولا لعدم قابلية المال للتصرف . مثل ذلك منع الشخص من أن يبيع ماله في مرض الموت إلا في حدود معينة ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الورثة ، ومنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها ، وقد روعيت فيه المحافظة على سمعة القضاء ، ومنع الزوجة في بعض الشرائع من التصرف إلا بإذن زوجها ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الشركة المالية ما بين الزوجين ورئيسها الزوج . فإذا زال المانع صح التصرف ، كما إذا أبازت الورثة في الحالة الأولى ، أو كان الحق غير متنازع فيه في الحالة الثانية ، أو انفصمت عرى الزوجية في الحالة الثالثة . ويلاحظ أن المنع من التصرف يلحق الشخص ، وعدم القابلية للتصرف يلحق المال ، أما الأهلية فنطاقها التمييز^(١) كما سبق القول .

(١) وسنرى أن الغائب إذا أقيم له وكيل ، والمحكوم عليه بقوة جنائية إذا نصب له قيم ، ومن تهررت له المساعدة القضائية إذا عين له مساعد ، لم يكن ذلك راجعاً إلى انعدام الأهلية في هؤلاء . أما ما يقال عادة من أهلية الشخص للالتزام بالعمل غير المشروع أو بالإثراء دون سبب فليس تعبيراً دقيقاً . لأن الأصل أن يلتزم الشخص متى وجد مصدر الالتزام . فإن كان هذا المصدر هو العقد (أو العمل القانوني بوجه عام) فن شروط الأهلية ، ونطاقها التمييز كما قلنا . وإن كان المصدر هو العمل غير المشروع فلا بد من خطأ ، ومن شروط الخطأ التمييز ، فالتمييز ركن في الخطأ ، وقد لا يكون مطلوباً في بعض الأحوال =

١٤٨ — **الرّوَصْلُ فِي الشَّخْصِ أَنَّهُ يَكُونُ ذَا أَهْلِيَّةٍ :** والمفروض في الشَّخْصِ أَن يَكُونُ كَامِلَ الْأَهْلِيَّةِ مَا لَمْ يَسْلُبِ الْقَانُونُ أَهْلِيَّتَهُ أَوْ يَحْدُ مِنْهَا. وَهَذَا مَا قَضَتْ بِهِ الْمَادَّةُ ١٠٩ إِذْ نَصَّتْ عَلَى أَنَّ « كُلَّ شَخْصٍ أَهْلٌ لِلتَّعَاقُدِ مَا لَمْ تَسْلُبْ أَهْلِيَّتَهُ أَوْ يَحْدُ مِنْهَا بِحَكْمِ الْقَانُونِ » (١).

فَعَبَّاءُ إِثْبَاتِ عَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ يَقَعُ عَلَى مَنْ يَدْعِيهِ (٢). فَإِذَا نَجَحَ فِي إِثْبَاتِ عَدَمِ أَهْلِيَّتِهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَبْطُلَ الْعَقْدُ الَّذِي صَدَرَ مِنْهُ. وَلَا يَجُوزُ لِلْطَّرَفِ الْآخَرِ أَنْ يَحْتَجَّ بِأَنَّهُ كَانَ يَمْتَقَدُّ أَنْ يَتَّعَاقَدَ مَعَهُ ذُو أَهْلِيَّةٍ (٣). أَمَّا إِذَا لُجَأَ نَاقِصِ الْأَهْلِيَّةِ إِلَى طَرُقِ احْتِيَائِيَّةٍ لِيُخْفِيَ قِصَصَ أَهْلِيَّتِهِ،

== فَيَسْأَلُ غَيْرَ الْمُبْزَعِ عَنْ عَمَلِهِ الْضَارِّ. أَمَّا الْإِلْتِمَامُ بِالْإِثْرَاءِ دُونَ سَبَبِ فَيْقِيٍّ عَلَى الْأَصْلِ، وَلَا يَشْتَرُ فِيهِ التَّمْيِيزُ. وَلَكِنْ أَصْبَحَ مِنَ الْمَأْلُوفِ التَّحَدُّثُ عَنِ الْأَهْلِيَّةِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ، وَقَدْ جَارَيْنَا هَذَا الْمَأْلُوفَ فِي بَعْضِ الْأَحْيَانِ.

(١) **تَارِيخُ النَّصِّ :** وَرَدَ هَذَا النَّصُّ فِي الْمَادَّةِ ١٦٣ مِنْ الْمَشْرُوعِ الْقَهْمِيَّيِّ عَلَى الْوَجْهِ الْآتِي : « يَكُونُ أَهْلًا لِلتَّعَاقُدِ كُلِّ مَنْ لَا يَقْرَرُ الْقَانُونُ عَدَمَ أَهْلِيَّتِهِ ». وَلَمَّا عُرِضَ النَّصُّ عَلَى لَجْنَةِ الْمُرَاجَعَةِ عُدِّلَتْهُ كَمَا يَأْتِي : « كُلُّ شَخْصٍ أَهْلٌ لِلتَّعَاقُدِ مَا لَمْ يَقْرَرِ الْقَانُونُ سَلْبَ أَهْلِيَّتِهِ أَوْ الْحَدِّ مِنْهَا ». وَقَدْ قُمَ لِلْمَشْرُوعِ التَّهَانِيُّ تَحْتَ رَقْمِ ١١٢. وَوُافَقَ جُلُوسُ النَّوَابِ عَلَى الْمَادَّةِ دُونَ تَعْدِيلِ. وَفِي لَجْنَةِ الْقَانُونِ الْمَدْنِيِّ بِمَجْلِسِ الشُّيُوخِ اعْتَرَضَ عَلَى عِبَارَةِ « مَا لَمْ يَقْرَرِ الْقَانُونُ سَلْبَ أَهْلِيَّتِهِ أَوْ الْحَدِّ مِنْهَا » أَنَّ الْقَانُونَ لَا يَسْلُبُ الْأَهْلِيَّةَ، فَقَدْ يَكُونُ الشَّخْصُ مَجْتَنِبًا لَمْ يَجْعَرْ عَلَيْهِ بَعْدَ وَيَكُونُ مَعَ ذَلِكَ أَهْلًا لِلتَّعَاقُدِ، فَصَدَّتِ اللَّجْنَةُ النَّصَّ عَلَى الْوَجْهِ الْآتِي : « كُلُّ شَخْصٍ أَهْلٌ لِلتَّعَاقُدِ مَا لَمْ تَسْلُبْ أَهْلِيَّتَهُ أَوْ يَحْدُ مِنْهَا بِحَكْمِ الْقَانُونِ ». وَأَصْبَحَ رَقْمُ الْمَادَّةِ ١٠٩. وَوُافَقَ جُلُوسُ الشُّيُوخِ عَلَى الْمَادَّةِ كَمَا عُدِّلَتْهَا اللَّجْنَةُ (بِجُمُوعَةِ الْأَعْمَالِ التَّحْضِييَّةِ ٢ ص ١٠٩ — ص ١١٢). وَيَقَابِلُ النَّصُّ فِي التَّقْنِيْنَاتِ الْمَدْنِيَّةِ الْعَرَبِيَّةِ الْآخَرَى : السُّورَى م ١١٠ (مُضَابِقٌ) — اللَّيْجِي م ١٠٩ (مُضَابِقٌ) — الرَّاقِي م ٩٣ (مُضَابِقٌ) — اللَّبَّائِي لَا مُقَابِلَ.

(٢) وَقَدْ قَضَتْ حَكْمَةُ الْأَسْتِثْنَاءِ الْوُطْنِيَّةِ بِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الرَّجُلِ الرُّشْدُ وَقَدْ أَهْلِيَّةٌ عَارِضٌ، وَنَتْلُكَ نَتَبْرَ الْعُقُودِ الصَّادِرَةِ مِنَ الْبَالِغِ رُشِيدًا بِحِكْمَةٍ تَائِفَةٍ إِلَّا إِذَا أَتَتْ مَدْعَى الْخِلَافِ طُرُوهَ عَارِضٍ فَقَدْ الْأَهْلِيَّةِ عَلَى ذَلِكَ التَّعَاقُدِ قَبْلَ الْعَقْدِ (١٨ يُولْيُو سَنَةِ ١٨٩١ الْحَقُوقِ ٦ ص ١٩١ — ٢١ يُولْيُو سَنَةِ ١٨٩١ الْحَقُوقِ ٧ ص ٢٢٥) — أَظْهَرَ أَيْضًا فِي هَذَا الْمَعْنَى حَكْمَةُ الْأَسْتِثْنَاءِ الْمُخْطَلِطَةِ فِي ٢٨ يُونِيُو سَنَةِ ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٦، وَفِي ٢٨ مَارْسِ سَنَةِ ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦.

(٣) وَقَدْ قَضَتْ حَكْمَةُ الْأَسْتِثْنَاءِ الْوُطْنِيَّةِ بِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَى مَنْ يَتَّعَاقَدُ مَعَ الْغَيْرِ أَنْ يَتَحَرَّى عَنِ أَهْلِيَّةٍ مِنْ تَعَاقُدٍ مَعَهُ حَتَّى يَتَأَكَّدَ مِنْ صِحَّةِ التَّعَاقُدِ، وَإِلَّا فَضْلُهُ أَنْ يَتَحَمَّلَ نَتَبَةَ تَنْصِيْرِهِ وَإِعْمَالِهِ. فَلَا يَجُوزُ لِمَنْ اشْتَرَى عَقَارًا مِنْ شَخْصٍ قَرَّرَ الْمَجْلِسُ الْحَسْبِي اسْتِمْرَارَ الْوَسَايَةِ عَلَيْهِ بَعْدَ بُلُوْغِهِ سَنَ الثَّمَانِي عَشْرَةِ سَنَةٍ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِصَحَّةِ عَقْدِ الْبَيْعِ ارْتِكَانًا عَلَى أَنَّ ذَلِكَ الْقَرَارَ لَمْ يَنْشَرْ بِالْجَرِيدَةِ الرَّسْمِيَّةِ (١٥ فَبْرَايِرِ سَنَةِ ١٩٢١ الْمَجْمُوعَةُ الرَّسْمِيَّةُ ٢٢ رَقْمِ ٦٢. وَأَظْهَرَ أَيْضًا حَكْمَةُ بَيْ سُوَيْفِ الْإِبْتِدَائِيَّةِ فِي ٨ فَبْرَايِرِ سَنَةِ ١٩٢٨ الْحُمَامَةُ ص ٥٢٤).

فع أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولاً عن التمييز للنفس الذى صدر منه . وهذا ما تقتضى به المادة ١١٩ إذ تنص على أنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية لينفى نقص أهليته »^(١) . ولا يكتفى لتطبيق هذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكد بأنه كاملها ، بل يجب أن يستعين ، وهو يؤكد كمال أهليته ، بطرق احتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد ، وهذا الذى قضى به النص الصريح فى التقنين الجديد كان القضاء المصرى يعمل به فى عهد التقنين القديم تطبيقاً للقواعد العامة^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى لائحة ١٦٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية لينفى قصره ، أما إذا اقتصر على أن يقر بأنه بلغ سن الرشد فإن ذلك لا ينفعه من التمسك بالإبطال » . وفى لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع بعد حذف المادة ١٦٢ يكون غفلاً من نص يحظر لناقص الأهلية لإبطال العقد ، فينبغى أن يثبت هذا الحكم فى صدر هذه المادة ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على أن تصلح المادة على الوجه الآتى : « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية لينفى قصره » . وأصبح رقم المادة ١٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ورأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أن تستعاض عن عبارة « ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته ألغ » بعبارة « وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نص أهليته » . فالسألة تتعلق بتقرير الجزاء على الإخفاء القاصر (وغيره من ناقصي الأهلية) إلى طرق احتيالية لإخفاء نص أهليته ، ولم تر اللجنة أن يكون الجزاء حرمان القاصر من حق طلب الإبطال وإنما آثرت أن تجرى القواعد العامة المتعلقة بالمسئولية التقصيرية وجعلت الجزاء قاصراً على الحكم بالتعويض . وأصبح رقم المادة ١١٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ١٢٣ - ص ١٢٨) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢٠ (مطابق — م ١١٩ (مطابق) — المراتى لا مقابل — اللبناني لا مقابل .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ ديسمبر ١٩١٢ م ٢٦ ص ١١٧ -- وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه فيها بتعويضه عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التى تعاقده معها عليها ودفع له جزءاً من ثمنها ، مدعى أن البائع دلس عليه بأن أوعجه بأنه تام الأهلية حين أنه كان مجبوراً عليه ، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استأثرت من ظروفها ووقائها من أن كل ما وقع من البائع هو أنه تظاهر للمشتري أنه كامل الأهلية وهذا لا يبدو أن يكون مجرد كذب لا يستوجب مساءة مقترفه شخصياً . فلا شأن لمحكمة النقض معها فى ذلك ما دامت الوقائع =

١٤٩ — **أملاك الأهلية من النظام العام** : وأحكام الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده ، ولا أن يوسع عليه فيما قص عنه منها . كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها . وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلا . وإلى ذلك تشير المادة ٤٨ من التقنين الجديد إذ تنص على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » .

§ ٢ — أحكام الأهلية

في التقنين المدني الجديد وقانون الولاية على المال^(١)

١٥٠ — **العوامل التي تتأثر بها الأهلية** : لما كانت أهلية الأداء مناطها التمييز كما قدمنا ، فهي تتأثر بالسن دائماً . وقد تتأثر بموارض تقع أو لاتقع من شأنها أن تؤثر في التمييز ، كالجنون والمته والنفلة^(٢) .

== **النتيجة في الدعوى مؤدية فعلا إليه** (نقض جنائي ٤ مايو سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٤٩ من ٣٤٨ . وانظر أيضاً في هذا المعنى قضى مدني في ٤ مايو سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٢٨ من ٣٥٢) .

(١) [بعض المراجع : عبد النعم البراوي : المدخل لقانون الحاش طبعة ١٩٥٧ من ١٣٤ وما بعدها اسماعيل غانم : محاضرات في النظرية العامة للحق طبعة ١٩٥٨ من ١٨٧ وما بعدها — حسن كيرة : أصول القانون ١٩٦٠ من ٧٨٨ وما بعدها — القاضي محمد كمال حمدي : الولاية على المال (سنة ١٩٦٣) — وعبد الفتاح عبد الباقي نظرية الحق طبعة ١٩٥٧ من ٧٨ وما بعدها] .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدي فصاً هو المادة ١٦٤ من هذا المشروع ، جرت بما يأتي : « يرجع إلى قانون الأحوال الشخصية في تحديد ما يكون لاضداد أهلية الأداء أو قصها من أثر في صحة الرضاء » . ولما تلى هذا النص في جلسة المراجعة ، ذكر أن المادة بالمالة التي من عليها لا تؤدي المعنى المقصود ، فليس المراد وضع قاعدة لتنازع القوانين ، بل المراد الإشارة إلى قانون المجالس الحسبية الواجب التطبيق في هذه الأحوال . واقترح تعديل المادة كما يأتي : « ينظم الأهلية قانون خاص » . ثم رأيت اللجنة حذف هذا النص والاستعاضة عنه بالمواد ١١٣ — ١١٨ في المشروع النهائي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١١٢ — من ١١٣ في الحاشي) .

وتنظم أحكام الأهلية ، إلى جانب التقنين المدني ، قوانين خاصة تبين أحكام الأهلية والولاية على المال . وقد صادق هذه القوانين بعضها على بعضها . فأولها قانون المجالس الحسبية في سنة ١٩٢٥ ، أنشاء قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، وألغى هذا القانون الأخير قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

١ — تأثير الأهلية بالسن

١٥١ — **الدور الطبيعي في حياة الإنسان** : الأدوار الطبيعية التي يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت أدوار ثلاثة : ١ — من وقت ولادته إلى سن التمييز . ٢ — من سن التمييز إلى سن البلوغ . ٣ — من سن البلوغ إلى الموت .

١٥٢ — **الصبي غير المميز** : تقدر سن التمييز بسبع سنوات . وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز معدوم الأهلية (م ٤٥ ققرة ٢) . وقد نصت المادة ١١٠ على أنه « ليس للصبي غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة »^(١) . فالصبي غير المميز لا يستطيع أن يباشر أى عقد . وليس هذا مقصوراً على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة ، بل يمتد أيضاً إلى عقود الاغتناء . فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز ، فلا تكون لإرادته أثر .

وتثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه .

وولي الصغير — غير مميز كان أو مميزاً — هو الأب ثم الجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً . وبهذا تقضى المادة الأولى من قانون الولاية على المال إذ تنص على

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني يجلس الشيوخ قبل إن حكم هذه المادة والمواد التي تليها من صميم قواعد الأحوال الشخصية ، فالحكمة في إيرادها هنا في القانون المدني ؟ وسئل هل هذه النصوص تسرى على الأجانب ؟ فأجيب أن المشرع أراد بوضع هذه الأحكام في صلب القانون المدني عدم الرجوع إلى أحكامها في الشريعة الإسلامية ، وقد احتاط المشرع في قانون المحاكم المسببة بإيراد نص يفيد عدم نفاذ أحكامه على الأجانب ، هذا فضلاً عن أنه يستفاد من المبادئ العامة التي نص عليها في الباب الأول من مشروع القانون العرّوض أنها تتضمن أحكاماً عامة تسرى على الأجانب إلا فيما يخص بين الرشد . أما سن التمييز وهو سن الأهلية العقلية فأحكامه تسرى على الأجانب . وقد وافقت اللجنة على المادة ١١٣ دون تعديل وأصبح رقمها ١١٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما اقترحتها اللجنة (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١١٢ — ص ١١٤) . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١١ (مطابق) — اللي م ١١٠ (مطابق) — المراقى م ٩٦ (موافق) — اللبناني م ٢١٦ (موافق) .

أن « للأب ، ثم للجد الصحيح ^(١) » إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً ، الولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز أن يقتضى عنها إلا بإذن المحكمة . فإذا لم يكن للصغير ولى ، تعين المحكمة وصياً ، وهذا ما تقتضى به المادة ٢٩ من قانون الولاية على المال إذ تنص على أنه « إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصياً » .

أما الحدود التى يتصرف فى نطاقها الولى والوصى فى مال القاصر فرسومة فى قانون الولاية على المال وفى قواعد الشريعة الإسلامية . وإلى هذا تشير المادة ١١٨ من التقنين المدنى الجديد إذ تنص على أن « التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة فى الحدود التى يرسمها القانون » ^(٢) . وكذلك تنص المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه « يخضع فاقدا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة فى القانون » .

فلولى أن يباشر عن الصغير أهلية ، لاغتناء إلا أن تكون الهبة أو الوصية محملة بالتزامات معينة فيجب إذن المحكمة ، وأهلية الإدارة ، وأهلية التصرف ، حتى بالنسبة اليسير ، ولكن النسب الفاحش لا يجوز ^(٣) . أما أهلية التبضع فلا يستطيع الولى أن يباشرها ،

(١) الظاهر أن الأب إذا كان قاصراً ووليه أبوه ، فولاية الولى تشمل الأب وولده معاً ، فيكون جد الولد هو وليه مع وجود أبيه لأن هذا قصر (أنظر م ٢ من قانون الولاية على المال) .

(٢) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعت تحت رقم المادة ١٢٢ فى المشروع التام . ووافق عليه مجلس النواب ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٨ ، ثم مجلس الشيوخ (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٢ — ص ١٢٣) .

وتقابل النص فى التفتينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٩ (مطابق) — اللي م ١١٨ (مطابق) — العراق م ١١١ (موافق) — اللبناني لا مقابل .

(٣) ولا يجوز لولى التصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوج أو لأقربيه أو لأقربها لى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز له أن يرهن العقار لغيره على غرض (م ٦ قانون الولاية على المال) . كما لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثية جنبه إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على غش القيمة (م ٧ قانون الولاية على المال) ، ما لم يكن موثوث القاصر قد أوصى بألا يتصرف وليه فى المال الموروث فلا يجوز عندئذ للأب أن يتصرف إلا بإذن المحكمة =

إلا أن يكون التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي وأذنت به المحكمة ، (أنظر للمادة ٥ من قانون الولاية على المال) . ويجوز للمحكمة أن تحد من ولاية الولى أو أن تسلبه إياها ، إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر » (م ٢٠ من قانون الولاية على المال) .

وولاية الوصى — اختياره الأب أو أقامه القاضى — أضيق من ولاية الولى . فهو مباشر عن الصغير أهلية الاعتناء فيقبل عنه الهبات ، إلا إذا كانت مقترنة بشرط فيجب إذن المحكمة فى القبول أو الرفض . ويباشراًهلية الإدارة ، ولكن لا بد من إذن المحكمة فى إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المباني ، وفى إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة ،

== وتمت إشرافها (م ٨ قانون الولاية على المال) . وليس للولى إقرانى مال القاصر ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة (م ٩ قانون الولاية على المال) . أما الإجارة فلم يقيدها المشرع فيما يتعلق بالمدة إلا بوجود عدم امتدادها إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد بأكثر من سنة (م ١٠ قانون الولاية على المال) . وليس للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفى حدود هذا الإذن (م ١١ قانون الولاية على المال) . وجميع القيود السابقة على سلطة الولى لا تسرى على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً ، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣ قانون الولاية على المال) .

أما الجدد فلا يجوز له بشير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ، أو الصلح عليه ، أو التنازل عن التأمينات المصانة لصيان دين القاصر أو لإضعافها (م ١٥ قانون الولاية على المال) . ويسأل الجدد فى تصرفاته فى مال القاصر مسئولية الوصى ، أما الأب فلا يسأل إلا عن خطئه الجسيم (م ٢٤ قانون الولاية على المال) . [أنظر فى سلب ولاية الجدد : قضى مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٧ من ١٥٧٨ : الجدد غير حرص على أموال القاصر ولم يحرر محضر حصر ولم يقدم حساباً وجاوز الثمانين من عمره] .

ولا يخلخلى فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك (م ٣ قانون الولاية على المال) ، ويقم التبرع وصياً مختاراً للقاصر على هذا المال (م ٢٨ قانون الولاية على المال) . وعلى الولى أو ورثته رد أموال القاصر إليه عند بلوغه . ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف . ولا يحاسب الأب على ما تصرف فيه من ربح مال القاصر . ومع ذلك يحاسب عن ربح المال الذى وهب للقاصر لغرض معين كالنظيم أو القيام بمهمة (م ٢٥ قانون الولاية على المال) . أما الجدد فتسرى عليه الأحكام المقررة فى شأن الحساب الذى يقدمه الوصى (م ٢٦ قانون الولاية على المال) .

وفي إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجها ولأحد أقاربها إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه ، وفي استثمار الأموال ، وتصفيتها ، واقتراض المال للقاصر وإقراضه ، وفي الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقصياً بها بحكم واجب النفاذ ، وفيما يصرف في تزويج القاصر ، وفي تعليم القاصر إذا احتاج النفقة والإنفاق اللازم لمباشرته مهنة معينة ، وفي الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ (أنظر في كل ذلك المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال) . ويباشر أهلية التصرف ولكن لا بد دائماً من إذن المحكمة ، سواء كان التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الرهن أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة . ويدخل في ذلك تحويل الديون التي تكون للقاصر ، وقبول الحوالة عليه ، والتنازل عن التأمينات أو إضعافها . والتنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية في الأحكام ، والصالح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة ، ورفع الدعاوى ^(١) إلا ما يكون في تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له . (أنظر في كل ذلك المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال) . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الوصى أن يباشرها ولو بإذن المحكمة ،

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن للوصى حق رفع الدعاوى والطعن في الأحكام التي تصدر لغير مصلحة من يقوم على ماله ، بطرق الطعن العادية وغير العادية . أما ما ورد في الفقرتين ١٢ و ١٣ من المادة (٣٩) من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ — الخامس بأحكام الولاية على المال — من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا أراد الوصى رفع دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية فهو ليس بشرط لقبول الدعوى أو الطعن وإنما قصد به إلى رعاية حقوق ناقصة الأهلية والمحافظة على أموالهم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم ، ومن ثم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به (قس مدني ١٠/٢٥/١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ١٢١ ص ٨٤٧) وفي خصوص التمسك بحكمة النقض بأنه لا يجوز أعمال أثر التمسك بالحكمة التي يحملها الوصى في حق القاصر إذ أن أداء التمسك الحاسمة عمل من أعمال التصرف التي لا يجوز له مباشرتها (قس مدني ١٢/٤/١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٦٨ ص ٤٥٥)] .

ولم هذا تشير للمادة ٣٨ من قانون الولاية على المال إذ تنص على أنه « لا يجوز التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي ويلتزم المحكمة » .

وعلى الوصي أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة ، ويعنى من تقديم الحساب إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك . وفي جميع الأحوال يجب على الوصي الذي يستقبل به غيره أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته (م ٤٥ قانون الولاية على المال) .

١٥٣ — الصبي المميز : يعتبر الصبي مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز أى سن السابعة إلى وقت بلوغه سن الرشد أى سن الإحدى والعشرين . وتنص المادة ٤٦ مدنى على أنه « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » . ويقرر القانون فى المادة ١١١ مدنى أحكام تصرفات الصبي المميز على النحو الآتى :

« ١ — إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المسالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً » .

« ٢ — أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر . ونزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقاً للقانون » ^(١) .

وبقنين من ذلك أن الصبي للميز له أهلية الاعتناء ، فيستطيع قبول الهبات لأن ذلك

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعت تحت رقم المادة ١١٤ فى المشروع التام . ووافق عليه مجلس النواب . وعدلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تعديلاً طفيفاً بأن حذفت عبارة وردت فى النص التى وضعت لجنة المراجعة وهى « وكان غير مصاب بجنون أو عته » ، والعلّة فى ذلك أن الجنون والعته لهما أحكام خاصة تنطبق فى جميع الأحوال والصور . وأصبح رقم المادة ١١١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ١١٥ — ص ١١٦) .

وقابل النص فى التعديلات المدنية العريضة الأخرى : السورى م ١١٢ (موافق) — الليبى م ١١١ (مطابق) — العراق م ٩٧ (موافق) — اللبناني م ٢١٦ (موافق) .

نافع له نعماً محضاً . وليست له أهلية التبرع ولا يستطيع أحد أن يباشرها عنه إلا في الحدود التي قدمناها ، فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله لأن ذلك ضار به ضرراً محضاً . أما أهلية الإدارة وأهلية التصرف ، وهى الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فلا يملكها^(١) ، ولكن يباشرها عنه الولي أو الوصى في الحدود المتقدم ذكرها في حالة الصبي غير المميز .

ويستثنى من الأحكام المتقدم ذكرها الصبي المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره . فقد نصت المادة ١١٢ على أنه « إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون^(٢) ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون^(٣) » . والقانون هنا هو قانون الولاية على المال . وقد نص في المادة ٥٤ منه على ما يأتى : « للولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، ويكون ذلك بإشهاد لدى اللوثق ، وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات » . ونص في المادة ٥٥ منه على أنه « يجوز للحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض » . وتكفلت المادتان

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد عدم الأهلية موجب لإعلان انشازمة ولو لم يكن فيها ضرر ، فجرد قصر الباتم كاف لقبول دعوى لإبطال البيع حتى لو تجرد التصرف من أى غبن ومهما كان شأن إفادة الباتم بما قبض من ثمن ، إذ لكل من المالبين حكم خاص لا يمس دعوى الإبطال ولا يؤثر عليها . ثم استطردت المحكمة قائلة إن الاجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاطاً لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية . راجع نقض مدنى في أول فبراير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض السنة الثانية رقم ٥٥ من ٢٨٩] .

(٢) كان قانون المجالس المحسبة القديم يضى بأنه إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ولم يمن من التصرف جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه ما لم يمن من ذلك ، أى أن التسلم يكون بحكم القانون . فالص يشير الى هذا الحكم القديم .

(٣) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعت تحت رقم المادة ١١٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وحذفت منه لجنة القانون بمجلس الشيوخ عبارة « غير مصاب بمنون أو عته » كما حذفتها من المادة السابقة . وأصبح رقم المادة ١١٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١١٧ — من ١١٩) . ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١٣ (إذا بلغ الخامسة عشرة) الليبي م ١١٢ (موافق) — العراق م ٩٨ (إذا بلغ الخامسة عشرة) — اللبناني م ٢١٧ (موافق) .

٥٦ و ٥٧ برسم الحدود التي يتصرف في نطاقها الصبي المأذون ، فنصت المادة ٥٦ على أن « للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة ، وله أن يقي ويستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال . ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ولا أن يقي الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي فيما يملكه من ذلك . ولا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً »^(١) . ونصت المادة ٥٧ على أنه « لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو الوصاية ، أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنت المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً » .

ويستثنى كذلك الصبي المميز في إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص متى بلغ السادسة عشرة . فقد نصت المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أن « يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته . ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية »^(٢) .

وجوز أيضاً للصبي المميز ، أياً كانت سنه ، أن يتصرف فيما يملكه أو يوضع تحت تصرفه عادة من ماله لأغراض نفقته (م ٦١ قانون الولاية على المال) ، كما يجوز له إبرام عقد العمل الفردي ، وللمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذى الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحته أو لمصلحة أخرى ظاهرة (م ٦٢ قانون الولاية على المال) .

(١) ويلاحظ أن قانون الإصلاح الزراعي ينس في المادة ٣٥ منه على أنه « لا يجوز أن تقل مدة إيجار الأراضي الزراعية عن ثلاث سنوات » . فلا يستطيع انقاصر المأذون إيجار الأراضي الزراعية إلا بإذن خاص من الولي أو الوصي إذا كانت مدة الإيجار لا تزيد على ثلاث سنوات أو بإذن خاص من الولي أو المحكمة إذا زادت مدة الإيجار على ثلاث سنوات .

(٢) وتنص المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ على ما يأتي : « على صاحب العمل أن يسلم للعمال القصر أغصمهم إذا بلغوا أربعة عشر عاماً أجورهم ومكاناتهم وغير ذلك مما يستحقون بحسب أحكام هذا القانون ، ويكون هذا التسليم مبرئاً لهما » .

أما غير ذلك من الأعمال فيباشرها عنه وليه أو وصيه على النحو الذى رأيناه فى الصبي غير المميز ، وذلك إلى أن يبلغ سن الرشد .

١٥٤ — **البالغ المرسى** : تنص المادة ٤٤ من التقنين المدنى الجديد على أن :

« ١ — كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢ — وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة^(١) . وهذه السن عامة لجميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين . فتى بلغ القاصر هذه السن غير مجنون ولا معتوه وغير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر أصبح رشيداً أى كامل الأهلية^(٢) . أما إذا كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، أو لم يحكم عليه ولكنه بلغ السن مجنوناً أو معتوهاً ، فنستمر الولاية عليه أو الوصاية بحسب الأحوال . ويترتب على ذلك أنه إذا بلغ السن وكان ذا غفلة أو سفهاً ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفه ، فإنه يصبح رشيداً كامل الأهلية . وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب استصدار حكم بالحجر ، ونختار المحكمة قيمة قد يكون غير الولى أو الوصى .

فإذا بلغ القاصر سن الحادية والعشرين رشيداً كملت أهليته ، وكان له بذلك أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع ، يباشر كل ذلك بنفسه . ويسلمه وليه أو وصيه ماله ليكون حر التصرف فيه . وكل دعوى للقاصر على وصيه أو للمجور عليه على قيمه تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية أو القوامة : أنظر م ١/٥٣ من قانون الولاية على المال .

(١) ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٤٦ (سن الرشد ١٨ سنة) الليبى م ٤٤ (مطابق) — العراق م ١٠٦ (سن الرشد ١٨ سنة) — اللبناى م ٢١٥ (سن الرشد ١٨ سنة) .

(٢) [وقرار المحكمة باستمرار الوصاية على القاصر بعد بلوغه سن الرشد ينتج أثره من تاريخ صدوره ، ويكون حجة على الكافة من تاريخ تسجيله ولو قبل نشره فى الجريدة الرسمية (تنص مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام التقضى ٣ رقم ١٣٦ م ٩٣١)] .

كذلك يكون قابلاً للإبطال كل تعهد أو مخالصة يحصل عليها الوصي من القاصر الذي بلغ من الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الوصي الحساب عن وصايته (أنظر المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال).

على أنه قد يصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الأهلية، وهي التي سنتكلم عليها فيما يلي.

ب — تأثر الأهلية بعوامل أخرى غير السن (عوارض الأهلية)

١٥٥ — **معرض مرضه الأهلية** : قد يبلغ الإنسان سن الرشد، ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التمييز. والعارض أربعة: الجنون، والعتة، والنفلة، والسفه. ويلاحظ أن السفه إنما هو نقص في التمييز في دائرة التصرفات المالية، ولذلك اندرج بين عوارض الأهلية.

وسنرى أن من يفتبغية منقطعة يقام عنه وكيل، ومن حكم عليه بعقوبة جنائية ينصب قيم عليه، ومن أصيب بآفات معينة يعين له مساعد قضائي. وهذا كله لا يدخل في الأهلية لأنه لا يرجع إلى التمييز بل يقوم على أسباب أخرى، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

١٥٦ — **الجنون** : نصت المادة ١١٣ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي : « الجنون والمعتوه وذو النفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة، وترفع الحجر عنهم، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون »^(١). والقانون المقصود هنا هو أيضاً قانون

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي. ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٦ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وأضافت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة « وترفع الحجر عنهم » بدعارة « تحجر المحكمة عليهم » لاستظهار معنى أن الحجر لا يرفع إلا بحكم. وأصبح رقم المادة ١١٣. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٩ — ص ١٢١).

وقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١١٤ (مطابق) — الليبي م ١١٣ (مطابق). العراق م ٩٤ — ٩٥ (الجنون والمعتوه محجوران لذاتها) — اللبناني لا مقابل.

الولاية على المال . وقد قضت المادة ٦٥ منه بأنه « يحكم بالحجر على البالغ المجنون أو لعمته أو لسنه أو للغة ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم » . فالجنون يحجر عليه المحكمة وتنصب له قيمياً ، إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنوناً فتبقى ولاية وليه أو وصيه .

وأهلية المجنون معدومة لأنه فاقد التمييز ، وتصرفاته القانونية تقع باطلة لانعدام الإرادة . وإلى هذا تشير المادة ١١٤ من التقنين المدني الجديد إذ تنص على ما يأتي :

« ١ — يقع باطلا تصرف المجنون والمتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » .

« ٢ — أما إذا صدر التصرف قبل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة المجنون أو لعمته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها »^(١) .

فالمجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة ما دامت حالة المجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر ، فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلاً .

وولاية القيم على المجنون كولاية الوصي على الصغير ، يباشر القيم وحده من التصرفات ما يباشره الوصي وحده ، ويستأذن المحكمة في التصرفات التي يستأذن فيها الوصي ، ولا يستطيع مباشرة التصرفات التي لا يستطيع مباشرتها الوصي . وكالقيم على المجنون

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التهدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢١ س ١٢٣) .

وقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١١٢ (مطابق) — م ١١٤ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبناني لا مقابل — وانظر في تسجيل طلب الحجر وإمكان الاحتجاج بقرار الحجر من وقت تسجيل الطلب المواد ١٢٠٦ مرافعات وما بعدها .

وبلاحظ أن تصرف المجنون قبل تسجيل الحجر — إذا كانت حالة المجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر — إنما يصح أخذاً بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الباطنة عند المجنون لا وجود لها .

وصيه ، أما الولي على المجنون فثقل الولي على الصغير من حيث سعة الولاية ، وذلك كله إذا حكم باستمرار الوصاية أو الولاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنوناً .

١٥٧ — **المعتوه** : والمعتوه كالمجنون يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولي أو وصي . والقيم على المعتوه ووليّه ووصيه كالقيم على المجنون ووليّه ووصيه من حيث مدى الولاية على المال .

أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فتكون أهليته معدومة ، شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون^(١) . وقد يكون مميزاً فتكون له أهلية الصبي المميز . وقد سبق بيان ذلك^(٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المته بعدم لزادة من يصاب به ، فتقع تصرفاته باطلة ، من وقت تبوته . ولذلك لا يتطلب إعلانها توافر التحايل على القانون أو النش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه لفسه إذا ما أريد لإبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه ، كما أن هذا الإعلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضي وإنما لثبوت حالة المته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٣ ص ١٤٩) [وقد قضى بأنه لم يكن يشترط لإبطال التصرف في ظل القانون القديم علم المشتري بته البائع وقت البيع بل كان يكفي أن تشمل المحكمة على قيام حالة المته وقت التصرف بأدلة سائفة . وذلك على اعتبار أن المته متى ثبت قيامه فانه يعدم رضاه من يصاب به . ثم جاء القانون المدني الجديد وأورد في المادة (١١٤) حكماً جديداً إذ أوجبت تلك المادة لإعلان التصرف السابق على تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة المته شائعة أو يكون المتصرف إليه على بيعة منها (نقض مدني في ١١/٢٢/١٩٥١ مجموعة أحكام النقض السنة الثالثة رقم ١٨ ص ٩٣) .

كما قضى بأنه في حالة عدم صدور قرار بتوقيع الحجر على شخص — المته — بسبب وفاته أثناء تحقيق طلب الحجر — فان ذلك لا يحول دون الطعن — من جانب بعض ورثته — بإعلان التصرفات الصادرة منه إلى بقية الورثة ، ويكون الحكم بالإعلان سليماً متى ركن إلى أدلة سائفة في القضاء بالإعلان تأسيساً على أن المورث كان في حالة من ضعف الإرادة لا تتوافر معها صحة الرضاء المفقود الصادرة منه . (نقض مدني ١٢/٢٤/١٩٥٤ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٣٣ ص ٢٥٧) .

(٢) أظن في كل ذلك المادتين ١١٣ و ١١٤ من القانون المدني الجديد ، وقد سبق ذكرهما — هذا وقيام حالة المته عند أحد المتعاقدين مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى ، فلا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٨ ص ٤١٤) . ولكن إذا كانت محكمة الموضوع قد أقامت قضاءها بقيام حالة المته وقت التعاقد على أقوال شهود مؤداها أنه كانت =

١٥٨ — ذو النفل والسف: نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من التقنين المدني الجديد على أنه « إذا صدر تصرف من ذي النفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي الميز من أحكام ». ويتضح من ذلك أن ذا النفلة والسفه^(١) يحجر عليهما وينصب لهما قيم . وتكون أهليتهما بعد تسجيل

== تتأبه نوبات عسية وتهيج في بض الأحيان ، وعلى أنه سبق أن حجر عليه لفته ، ورفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه نائياً لفته والسفه بعد تناقده ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية ، فلإنما استدلت بهمن هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدي إلى أن المحجور كان معتوهاً في ذات وقت التعاقد ويكون هذا الحكم قاصر النسيب متعيناً قضه (قس مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٥٧ من ٣٥٣) . ولعل حكمة النقص قد تأثرت في هذه القضية بأن التعاقد قد تكرر رفع الحجر عنه ، فلا شيء يقطع في أنه وقت التعاقد بالذات كان معتوهاً . وهي في قضية أخرى لم تبد هذا التشدد في استخلاص قيام الفته ، وذكرت أنه إذا كانت حكمة الموضوع قد أقامت قضاءها بطلان عقد لته التصرف على شهادة الشهود الذين سمعهم وعلى فرائر مستقاة من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهت إليه ، فلا يقدح في حكمها أن يكون قاضي التصفي قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا التصرف « هل كانت حالة المريض حالة عنه قانوني إلى الجنون في الدرجة » ، فأجاب بأنه « لم يكن على هذه الحالة وقت نحه بمعرفتي ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفاً في بنيتة وتفكيره بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون في حالة تردد » ، فإن هذه الإجابة كاملة لا تشهد بسلامة عقله ، فضلاً عن أن الطبيب ليس هو الذي يعطي الوصف القانوني للعالة المرضية التي يشاهدها ، بل الشأن في ذلك للقضاء في ضوء ما يديه الطبيب (قس مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٠٦ من ٢٣٨) .

(١) [وقد قضت حكمة النقص بأنه لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تحريف صاحب النفلة ؛ فقال بعضهم إنه هو الشخص الذي لا يهتدى إلى التصرفات الراجعة لسلامة قلبه فيحين في تصرفاته ، ويرى آخرون أنها امتداد لفسكرة السفه . على أنه من المتفق عليه أنها من الوارث التي تعزى الإنسان فلا تخل بالمثل من الناحية الطبيعية ، وإنما تنقص من قوة ملكات قضية أخرى أخصها الإدارة وحسن التقدير . وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابع فيها أو بقبوله فاحش الفتن في تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع . والحكمة في توقيع الحجر بسببها هي المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصح عالة على المجتمع ، وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كصالح الدائنين (قس مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقص ٦ رقم ٤٩ من ٣٨٦) . وقضت حكمة النقص أيضاً بأن السفه والنفلة بوجه عام يشتركان في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضالطة في النفس ، إلا أن الصفة المميزة للسفه هي أنها تعزى الإنسان فتحملة على تبذير المال وإنلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع . أما النفلة فلها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير (قس مدني ٧ أبريل سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقص ٦ رقم ٢٢٣ من ٩٣٧ — وانظر أيضاً : قس مدني ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقص ٦ رقم ٢٠١ من ١٤٨٥ — ١٩ يناير سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقص ٧ رقم ١٤ من ١١٧) . وقضت حكمة النقص بأن السفه مواثاق المال على غير مقتضى الشرع والمثل . وتصرف الانسان في كل ما يملك لزوجه ==

قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز ، فثبت لها أهلية الاعتناء ، وتنعيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التي سبق ذكرها في الصبي المميز ، وتنعلم أهلية التبرع .

واستثنى في أهلية التصرف نوعان من التصرفات هما الوقف والوصية ، فهذان يكونان صحيحين إذا صدرتا من السفیه أو ذی الغفلة وأذنته المحكمة فيهما . وتقضى الفقرة الأولى من المادة ١١٦ مدنی بهذا الحكم إذ تنص على أن « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك » . كذلك يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها على النحو الذي رأيناه في الصبي المميز الذي بلغ الثامنة عشرة وفي الحدود التي سبق ذكرها هناك . وإذا كانت العقرة الثانية من المادة ١١٦ مدنی مقصورة في هذا الصدد على السفیه إذ تنص على أن « تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له يتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » ، فإن المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال تشمل كلا من السفیه وذی الغفلة إذ تنص على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وفي هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التي تسرى في شأن القاصر المأذون » .

== وأولاده الصغار ، سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض ، لاعتناقه فيه لمقتضى الشرع والعقل ، بل هو تصرف عليه الرغبة في تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم ، وليس من شأن هذا التصرف إلتلاف المال في مفسدة ، بل إن فيه حفظ للمال لمن رأى المتصرف أنهم أحق أهله به ، إذ الشرع لا يحرم على الإنسان الخروج عن ماله حال حياته ، كلا أو بعضاً ، لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول لهم . كما أنه ليس في خروج الإنسان عن ماله لزوجه وأولاده الصغار ما يني عن استئثار أو تسلط ، لأن تصرفه لهم أمر عليه المألوفة وتقدم إليه البررة . كما أن تصرفاته البرعية لهم لا يمكن أن يوصف معها بالغفلة ، لأن الغفلة هي ضعف الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترب على قيامها بالتفحص أن يقين في معاملاته مع الغير (قض مدنی ٢٠ يونيو سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام التقاضي ٨ رقم ٦٩ من ٦١٩) — وقضت أيضاً بأن الغفلة لا تتحل بالعقل من الناحية الطبيعية ، إنما هي تقوم على فساد التدبير وترد على حسن الإدارة والتقدير ، وهي على هذا الوصف وإن كان يرجح في إثباتها أو فيها ثبات التصرفات التي تصدر من الشخص ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تستمد محكمة الموضوع أيضاً الدليل لثباتاً وتقياً من أقوال المظلوم المجر عليه في الحقيقتات ومن مناقشتها له ، فإذا ما كشفت هذه الأقوال عن سلامة الإدراك والتقدير أمكن الاستدلال بها على اعتناء حالة الغفلة ، دون أن يؤخذ على هذا الاستدلال الخطأ في مفهومها أو في تطبيق هذا المفهوم (قض مدنی ٩ يناير سنة ١٩٥٨ بمجموعة أحكام التقاضي ٩ رقم ٦٦ من ٧٦ — وأظهر أيضاً تقضي مدنی ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ بمجموعة أحكام التقاضي ٩ رقم ٦٠ من ٥٠١ وكذلك قض مدنی ٢٩ يناير سنة ١٩٥٩ بمجموعة أحكام التقاضي البتة العاشرة رقم ١٦ من ١١٣) .

هذا هو حكم تصرفات السفه وذى الفعلة بعد تسجيل قرار الحجر . أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهي فى الأصل صحيحة ، لأن انتقاص الأهلية لا يثبت إلا بالحجر . وهذا هو رأى الإمام أبى يوسف ، خلافاً لرأى الإمام محمد الذى يذهب إلى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه لا بحكم القاضى . ولا يسرى الحجر فى حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفقاً للمبادئ العامة . ولا يحتج الغير بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلاً^(١) .

لكن يقع كثيراً أن السفه أو ذا الفعلة يتوقع الحجر عليه فيمصد إلى تبديد أمواله بالتصرف فيها إلى من يتواطأ معه على ذلك ، أو أن ينتهز الغير هذه الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستفله بها ويبتز أمواله . فى هاتين الحالتين — حالة التواطؤ وحالة الاستغلال — يكون تصرف السفه أو ذى الفعلة باطلاً إذا كان من أعمال التبرع ، أو قابلاً للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة . وهذا ما استقر عليه القضاء المصرى فى عهد التقنين القديم^(٢) ، وأكده التقنين الجديد فى الفقرة الثانية من المادة ١١٥ إذ تنص على

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ من ١٩٧ .

(٢) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ من ٤٥ — وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٨ من ١٦١ — محكمة استئناف أسيوط فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ من ٦٣٣ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٥٥ — وفى ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٦٧ . محكمة الجيزة فى ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٢٣ من ٥٠٢ . وانظر سائر الأحكام المشار إليها فى نظرية العقد للوفد من ٣٤١ هاش ٣ — واستقر قضاء محكمة النقض على ذلك : قضى مدنى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٧٩ من ١٤٧ — وفى ٥ يناير سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٦ من ١٥٩ — وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أثبتت ظروف التصرف الصادر من التصرف قبل توقيع الحجر عليه لسفه وفى فترة طلب الحجر ، واستدللت بها على أن المشتري غشوه فذهبوا به بعيداً عن بلدتهم حتى لا يتكشف أمرهم ، ولم على علم بالإجراءات المتخذة لتوقيع الحجر عليه ، لكن يتم بيع الدين لهم قبل صدور قرار المجلس المحسى بالحجر ، فأقاد لهم حتى يقضى منهم قبل غل يده ما دفعوه له من ثمن ، ثم قضت بإبطال التصرف ، فإبها تكون قد أملت قضاءها هذا على مقدمات ونتيجة وحى قيام التواطؤ بين التصرف لهم والتصرف مع علم التصرف لهم بما كان يتردى فيه التصرف من سفه وانتهازم فرصة سفهه للأثر من ماله حين كانت الإجراءات القانونية تتخذ لحمايته — ومنى كانت الفرائى التى أخففت بها محكمة الموضوع فى إثبات علم المشتري =

على ما يأتي : « أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ »^(١).

== بحالة سفة البائع مؤدية عقلاً إلى ما انتهت إليه من ذلك ، فلاشأن لمحكمة النقض معها (نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ من ٢١٣) .

ولفت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا تعافد شخص بمقد عرفى على البيع ، فلما علمت زوجته بذلك طلبت إلى المجلس المحسى توقيع الحجر عليه ، وأرسلت إلى المشتري إنذاراً حذرته فيه من إتمام الشراء لأنها طلبت الحجر على البائع ، فلم يعبأ وتعد الشراء بالمقد العرفى عن طريق عقد رسمي ، وقرر المجلس المحسى بعد ذلك توقيع الحجر ، ثم حكمت المحكمة بصحة العقد ، وأوردت في حكمها ظروف التعافد وملابساته على الوجه المتقدم ، واستخلصت منها استغلالاً سليماً أن الصفقة لم تتم عن تواطؤ وعش ، وأن البيع الصادر من المحجور عليه قد انعقد بالمقد العرفى قبل الحجر ، وأن العقد الرسمي اللاحق لم ينشأ « البيع يل أنه لم يكن لا تنفيذاً للعقد الأول ، فهذا الحكم سليم ولا خطأ فيه » (نقض مدني ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ من ٣٨٥) . ويلاحظ هنا أن البيع كان قد تم بالمقد العرفى قبل أن يعلم المشتري بإجراءات الحجر ، ولم يكن العقد الرسمي اللاحق لا تنفيذاً للعقد العرفى السابق .

[واطار أيضاً : قض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٣ من ٢٥٧ ، ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٢١ من ٨٤٧ ، ١١ أبريل سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤١ من ٤٠٤] .

(١) تاريخ المادتين ١١٥ و ١١٦ من التفنين المدني الجديد : (أولاً) المادة ١١٥ : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي ، ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم ١١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٥ ، ثم مجلس الشيوخ . (ثانياً) المادة ١١٦ : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي ، ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم ١٢٠ في المشروع النهائي ، وكان مقصوداً على الفقرة الأولى منه . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ أضيفت الفقرة الثانية من النص توجيهاً لاستكمال الأحكام الموضوعية الخاصة بنقص الأهلية في المشروع وأصبح رقم المادة ١١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها بلجته (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ١٢٣ — من ١٢٨) .

ويقابل النصان في التفنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١١٦ — م ١١٧ (مطابق) — الليبي م ١١٥ — م ١١٦ (مطابق) — العراق لا مقابل — لبنان لا مقابل .

هنا وقد كانت لجنة المراجعة وضعت نصاً هو المادة ١١٩ من المشروع النهائي يجري على الوجه الآتي : « إذا كان طلب الحجر قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار » . وقد وافق مجلس النواب على هذا النص . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترح حذفه لأنه حكم تفصيلي ورد في قانون المحاكم المسية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ١٢٦ — من ١٢٧ في الخامس) .

[وقد قضى بأن قرار الحجر لسفه ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره فلا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق النش والتواطؤ — والقنوى في هذا الخصوص هي على رأي أبي يوسف ==

وينصب القيم على السفية وذى النفلة على النحو الذى ينصب به القيم على المجنون والمعتوه أو يعين به الوصى على القاصر . ولا تستمر الولاية أو الوصاية على القاصر إذا بلغ سفيهاً أو ذا غفلة ، بل يجب الحجر عليه ونصب قيم له كما قدمنا . وولاية القيم على مال السفية وذى النفلة كولايتهم على مال المجنون والمعتوه كولاية الوصى على مال القاصر ، وقد تقدم ذكر ذلك^(١) .

١٥٩ — النائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية : وهناك حالتان تلحقان عادة بالأهلية، ولكنهما لا يتصلان بها إلا من حيث مظاهر الحجر وإقامة نائب عن المحجور ، وهما حالتا النائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية .

فالنائب هو كل شخص كامل الأهلية لا تعرف حياته أو مماته وانقضت سنة أو أكثر على غيابه ، أو تكون حياته محققة ولكنه هجر موطنه راضياً أو مرغماً وحالت ظروف قاهرة دون إدارته شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه . مدة أكثر من سنة ، وترتب على ذلك أن تمتثل مصالحه ومصالح غيره (م ٧٤ قانون الولاية على المال) . ويتبين من ذلك أن النائب شخص كامل الأهلية ، ولكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تمتثل مصالحه ومصالح الناس . ويلاحظ أن القانون استعمل لفظ « النائب » لا لفظ « المفقود » لأن اللفظ الأول ينطوى على معنى أعم من المعنى الذى ينطوى عليه اللفظ

== وحاصله أن تصرفات السفية قبل الحجر نافذة . فالحكم بإبطال تصرف السفية قبل الحجر عليه على أساس الاحتمال على القانون لا يقوم إلا إذا تبين أن التصرف له قد تعامل مع السفية وهو عالم بسفيتها متواطئاً معه في تعامله لتفويت آثار حجر متوقع (قضى مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ — مجموعة أحكام النقض السنة الأولى رقم ١٢٣ ص ٤٩١) — وانظر أيضاً قضى مدنى ٢٥ مايو ١٩٥٠ — (مجموعة أحكام النقض السنة الأولى رقم ١٣٧ ص ٥٤٧) . وكذلك قضى مدنى ١/٢٥/١٩٥١ مجموعة أحكام النقض السنة الثانية رقم ٥٣ ص ٢٧٧) . كما قضت محكمة النقض بأن مجرد ثبوت تحرر المدنين في الفترة ما بين تاريخ تقديم طلب الحجر وتاريخ صدور القرار بتوقيعه لا يكفي بإنائه لترتيب البطلان بل يلزم أيضاً إثبات أن التصرف كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (قضى مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٤١ ص ٢٦٨) .

(١) ومن ثم فقد نصت المادة (٧٨) من قانون الولاية على المال على أنه « يسرى على القوامة والوكالة عن النائبين الأحكام المقررة في شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكالة عن النائبين الأحكام المقررة في شأن الأوصياء » .

الثاني . فالمفقود في الشريعة الإسلامية هو من يختفى بحيث لا يعرف أحى هو أم ميت ، أما الغائب فهذا وغيره ممن تكون حياته محققة ولكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤون نفسه . وقد قضت المادة ٧٥ من قانون الولاية على المال بأنه « إذا ترك الغائب وكلاءاً عاماً تحكم المحكمة بتعيينه متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي ، والإعينة غيره » . ثم قضت المادة ٧٨ من هذا القانون بأن « يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين ، الأحكام المقررة في شأن الأوصياء » . ويسرى على القامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة في شأن الأوصياء » . وقضت المادة ٧٦ من القانون ذاته بأن « تنتهى النية بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً » .

أما المحكوم عليه بعقوبة جنابة فتقضى أحكام قانون العقوبات (م ٢٥) بأن يكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويختار قياً تصدق عليه المحكمة ، أو يمين القيم المحكمة المدنية الكلية التي تقع في دائرتها محل إقامته إذا لم يختار أحداً . ويتولى القيم إدارة ماله . أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

ومن ذلك نرى أن الجبر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص أهليته ، فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز . وإنما وقع الجبر عليه لاستكمال العقوبة من جهة ، وللضرورة من جهة أخرى^(١) .

(١) وقد جاء في كتاب « شرح القانون المدني » لفتحي زغلول (س ٣٧ — س ٣٨) قريباً من هذا المعنى ، ما يأتي : « إن عدم أهلية المحكوم عليه أخف من عدم أهلية القاصر أو السفه من وجه بقاء التصرفات له مع إذن المحكمة . والواقع أنها أهلية من نوع خاص سببها اعتقال رب المال ، فلا هو قليل الحرية ولا ضعيف العقل ولا هو غائب ، ولهذا يحتم رأيه غالباً في إدارة أملاكه ، ويؤذن له كذلك بإجراء ما يريد من التصرفات » .

[وقد قضت محكمة النقض بأن كل حكم بعقوبة جنابة لا يستلزم حتماً وبصفة عامة ترتيب الحرمان المنصوص عليه في المادة (٢٥) فقرة (٤) من قانون العقوبات . فالأحكام الصادرة من محاكم غير عادية عن جرائم مؤتمعة بأمر من أوامر السيادة لا ينطبق عليها هذا النص لأنه لا ينطبق إلا على الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو الواردة في القوانين الأخرى واللوائح الخاصة ولا يجوز قياس أمر السيادة على القانون في هذا الخصوص لاختلاف طبيعة كل منهما (نقض مدني ١٩٥٥/٦/٢٣ بمجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٧٧ من ١٣٠٧)] .

١٦٠ — المساعدة القضائية: وقد استحدث قانون المحاكم الحسبية في مصر نظام

المساعدة القضائية (assistance judiciaire) . وقلة التقنين المدني الجديد ، فنص في المادة

١١٧ على ما يأتي :

« ١ — إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعشى أصم ، أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له ماعداً قضاياً يعاونه في التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك » .

٢ — ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة »^(١) .

أما قانون الولاية على المال فقد نص في المادة ٧٠ على أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له ماعداً قضائياً يعاونه في التصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ ويجوز لها ذلك أيضاً إذا كان يخشى من إفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسدي شديداً » . ونصت المادة ٧١ من هذا القانون على أنه « يشترك المساعد القضائي في التصرفات المشار إليها في المادة

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . واقتُرحت لجنة المراجعة النص الآتي : « يكون قابلاً للإبطال كل تصرف يصدر من شخص تقررت مساعدته قضاياً إذا صدر هذا التصرف بغير معاونة المساعد ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في القانون » ، وأصبح رقم المادة ١٢١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على هذا النص دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة فقرة أولى تتضمن النص الوارد في المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية في بيان حالة من يجب له المساعدة القضائية ، واقتُرحت كذلك أن يكون حق طلب الإبطال قاصراً على التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية في شأنها . وقد أخذت اللجنة بهذين الاقتراحين لأن أولهما يرى إلى استكمال الأحكام الموضوعية في التقنين المدني فيما يتعلق بنقص الأهلية ، والثاني يقيد النص تهيداً انصرف إليه نية واضعه . فأقرت اللجنة النص كما ورد في القانون ، وأصبح رقم المادة ١١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٨ — ص ١٣١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١١٨ (مطابق) — الليبي م ١١٧ (مطابق) — المراق م ١٠٤ (موافق) — اللبناني لا مقابل .

السابقة . وإذا امتنع عن الاشتراك في تصرفه جاز رفع الأمر للمحكمة ، فإن رأت أن الامتناع في غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالأفراد في إبرامه ، أو عينت شخصاً آخر للمساعدة في إبرامه ، وفقاً للموجبات التي تبينها في قرارها . وإذا كان عدم قيام الشخص الذي تقرر مساعدته قضائياً بتصرف معين يمرض أمواله للخطر ، جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بأنفراد المساعد بإجراء هذا التصرف » .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن المساعدة القضائية إنما تقرر لاجتماع عاهتين في الجسم من عاهات ثلاث : العمى والبكم والصمم أو وجود عجز جسدي شديد يخشى معه من أفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله . والسبب فيها ليس قصص الأهلية ، فإن التمييز الكامل متوافر عند من تقرر له المساعدة القضائية ، ولكن هو العجز الطبيعي عن التعبير عن الإرادة كما صرحت بذلك النصوص السابق ذكرها .

والمساعدة القضائية تقرر للتصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال ، وفي التصرفات التي لا يجوز للوصي مباشرتها إلا بإذن من المحكمة . فإذا وقع تصرف منها بغير معاونة المساعد ، كان التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة من تقرر له المساعدة ، إذا صدر بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة . ويجوز لمن تقرر له المساعدة إذا رأى إبرام تصرف ، واختلف معه في الرأي المساعد القضائي فلم ير إبرامه ، أن يرفع الأمر إلى المحكمة ، فتأذن له في إبرامه منفرداً أو بمساعدة مساعد قضائي آخر ، إذا رأت أن امتناع المساعد القضائي الأول في غير محله ، ويكون التصرف في هذه الحالة صحيحاً غير قابل للإبطال . وعلى العكس من ذلك ، إذا امتنع من تقرر له المساعدة عن إبرام تصرف فرض أمواله بذلك للخطر ، جاز للمساعد القضائي رفع الأمر للمحكمة ، ولها أن تأمر بعد التحقيق بأن يفرد المساعد القضائي بإبرام هذا التصرف ، فيقع التصرف صحيحاً غير قابل للإبطال .

والمساعد القضائي يعين ويعزل وفقاً للأحكام التي تتبع في تعيين القيم وعزله ، وتسرى عليه الأحكام الخاصة بالقوامة .

المطلب الثاني

عيوب الإرادة

(Vices du consentement)

١٦١ — مذهب عيوب الإرادة : اشتمل المشروع التهديد على نص هو المادة ١٦٦ من هذا المشروع ، حذف في المشروع النهائي ، وقد جرى بما يأتي : « لكل من شاب رضاه غلط أو تدليس أو انتزاع رضائه بالإكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب إبطال العقد وصفاً للأحكام التالية »^(١).

(١) أنظر المادة ١٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وكانت المادتان ١٣٣/١٩٣ من القانون المدني القديم تنصان على أنه « لا يكون الرضا صحيحاً إذا وقع عن غلط أو حصل بالإكراه أو تدليس » — هذا ولما تليت المادة ١٦٦ من المشروع التهديد في لجنة المراجعة اقترح حذفها لأن الأحكام التي تقررها منصوص عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤١ في المباحث).

ونقل هنا النظرة العامة التي وردت في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في شأن عيوب الإرادة ومنها بين ما استحدثته القانون الجديد : « تتضمن النصوص المتعلقة بالفن أهم ما استحدثت المشروع من أحكام بشأن عيوب الرضا . فقد اتفقت هذه النصوص أثر التقنيات الجرمانية والمشروع الفرنسي الإيطالي وجبت من الفن سبباً عاماً للبطالان النسبي وانتقام العقود إذا أُنيج لأحد المتعاقدين أن يستأثر بربح فحش من طريق استغلال حاجة المتعاقد الآخر أو طليشه . وقد يؤخذ على هذا الحكم أن أعماله ينتهي إلى تحكم القاضي . بيد أن في سابقات التشريع ما يحمل على القاضي عن هذا النقد والاطمئنان إلى ما جرى عليه للمشروع . فالتقنيات الحديثة ، وفي طليعتها التقنين الألماني والتقنين السويسري والتقنين التساوي المدل والتقنين البولوني والتقنين اللبناني والتقنين الصيني والتقنين السوفيتي ، بل والمشروع الفرنسي الإيطالي رغم نزعة المحافظة ، تميل جميعاً من الفن سبباً عاماً للبطالان . ثم إنه ليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من تحكم القاضي في هذه الحالة أكثر من سواها ، فهو يفاته القاضي الذي يتولى في حياته اليومية تقدير الغلط الجوهري والنية الحسنة والبائع المشروع والضرر الجسيم والبائع المستح و ما إلى ذلك . على أن النص في الفن بوجه عام لا يستتبع لإطراح الأحكام التقليدية الخاصة بصور معينة منه يعبر عن معناه بالأرقام ، توخياً لإحلال الحكم محل الكيف ، كأحوال الفن في البيع والقسمة والاتفاق على سعر الفائدة — وبراعى من ناجية أخرى أن المشروع استحدثت أحكاماً جزئية الفائدة بشأن ما يشوب الرضا من عيوب أخرى ، فواجه مسائل عديدة أغفلها التقنين المصري الحالي ، كإغلاط المشترك والغلط في القانون وغير ذلك . ثم إنه عدل النصوص المتعلقة بالتدليس تحديداً يكفل زوال الخلاف القائم بين النصوص العربية والنصوص الفرنسية في التقنين الحالي (القديم) . وتناول فوق ذلك مسائل أخرى ككسوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة يجهلها المتعاقد الآخر . أما النصوص الخاصة بالإكراه فقد روعي في وضعها أن تكون متناسقة مع ما ورد بشأن التدليس . فالإكراه ، سواء أكان صادراً من أحد المتعاقدين أم من الغير ، له ما للتدليس من أثر =

وينبني من ذلك أن عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال . ولا بد في هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة . فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره . وإرادته تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة . ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة . أما الإرادة غير الموجودة ف مجرد مظهر خارجي يوهم أنها موجودة ، ولكنه في الواقع من الأمر لا ينطوى على إرادة تعلقت بمحلها . وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحداً من هؤلاء لا يميز ما يفعل . وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا تكون إرادة ، ولو صدرت من شخص عاقل . ويترب على هذا التمييز الجوهري أن العقد الذي يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود أو هو عقد باطل . أما العقد الذي يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة . ولكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله ، فهو عقد قابل للإبطال . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي .

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً . فإرادة الفرد . ولها اللقاه الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها ، يجب أن تكون على هدى مختارة ، وإلا فالإرادة المشوبة بسبب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة ، فلا يكون لها سلطان كامل .

وتتولى الآن بحث عيوب الإرادة متعاقبة : الغلط والتدليس فالإكراه فالاستغلال .

== في حجة العقد . وقد قضى للصروع ، فيما يتعلق بتقدير الإكراه ، على التناقض الميب الذي تنطوى عليه خصوص التقنين الحالي (القديم) ... بأن احكم إلى ميار شخصي بحث ، قوامه الاعتداد بمنس المكره وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته ما يقع عليه (مجموعة الأعمال القضائية ٢ ص ١٣٩ — ١٤٠) .

§ ١ — الخطأ (*)

(L'erreur)

١٦٢ — تعريف الخطأ : يمكن تعريف الخطأ بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توم غير الواقع . وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها . أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . والخطأ بهذا التعريف الشامل ينظم كل أنواع الخطأ ، ولا يقف عند نوع معين منها . والذي نريده هنا هو غلط بصيب الإرادة . فينبغي أن نتخصص هذا النوع من الخطأ بتمييزه عن غيره من الأنواع الأخرى وبمسم الدائرة التي تحصر نطاقه حتى نستطيع بعد ذلك أن نبين قواعده وأحكامه .

١٦٣ — الخطأ المانع : وأول نوع من الخطأ تسبقه من دائرة بحثنا هو ما يسمى عادة بالخطأ المانع (erreur-obstacle) . وهو غلط يقع ، طبقاً لنظرية تقليدية في الفقه الفرنسي^(١) ، في ماهية العقد ، كما إذا أعطى شخص لآخر قوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة ، أو في ذاتية الحل ، كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع إحداها والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى ، أو في السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصى لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع يعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيها . ففي الأمثلة التي

(*) ينظر المراجع : ريكاردو فيبيني (Riccardo Fubini) في المجلة ربع السنوية ١٩٠٢ ص ٣٠٦ — حوسران في البائع في الأعمال القانونية ص ٣٠ وما بعدها — موري (Maury) : الخطأ في المادة في عقود المعاوضة (مجموعة دراسات لتخليد ذكرى كابيتان ص ٤٩١) — جورف (Gorphe) في مبدأ حسن النية سنة ١٩٢٨ ص ١١٥ — سيليس (Celice) باريس سنة ١٩٢٢ — جوفدرفوي (Goudefroy) باريس سنة ١٩٢٥ — مونون (Mouton) ليون سنة ١٩٢٥ — فهمي نور ليون سنة ١٩٢٦ — مارث فورنييه (Marthe Fournier) ديجون سنة ١٩٣٦ — دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩٤٧ ص ٣١ — [دبي باج جزء أول ص ٤٥ وملحق الجزء الأول ص ٢٤ وما بعدها] — بيدان ج ٨ ص ٧٠ وما بعدها — والتون ١ ص ٢٢٨ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٤٢ وما بعدها — جلي بهجت بدوي فقرة ١١١ وما بعدها — حشمت أبو سفيان فقرة ١٥٧ وما بعدها — [سليمان مرس فقرة ١٩٢ ص ٢٤٩ — أنور سلطان فقرة ١١٥ ص ١٣٦ — عبد المنعم فرج الصمد فقرة ١٥٢ ص ١٨١] .

(١) [أظن بيدان ج ٨ بند ١٠٠ ص ٧١] .

قدمناها لم تتوافق الإراداتان على عنصر من العناصر الأساسية : ماهية المقد أو المحل أو السبب . فالتراضى إذن غير موجود ، والمقد باطل أى منعدم . وهذا هو الذى يدعونا لاستبعاد الغلط المانع من دائرة البحث ، فهو يتصل بوجود التراضى لا بصحته ، ونحن الآن فى صدد صحة التراضى بمد أن فرغنا من الكلام فى وجوده .

١٦٤ — اغتصوف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة : وقد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، فيؤخذ بإحداهما دون الأخرى كما بينا فيما تقدم . والكلام فى الإرادتين وفروق ما بينهما ليس كلاماً فى عيوب الإرادة^(١) ، بل كلام فى الإرادة ذاتها أى فى وجودها لا فى صحتها . فيجب استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث^(٢) .

١٦٥ — الغلط فى النقل أو فى التفسير : والغلط الذى يعنينا بحثه هنا هو الغلط الذى يقع وقت تكون الإرادة (erreur sur la formation de la volonté) . وهناك غلط لا يصيب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث ، وهو غلط يقع وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، وهذا ما يسمى بالغلط فى النقل (erreur de transmission) ، أو يقع فى تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها ، وهذا ما يسمى بالغلط

(١) هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الباطنة وتستظهر متايرتها للإرادة الظاهرة ، فقد ترجم هذه المتايرة إلى غلط وقع فيه المتعاقد الذى صدرت منه هذه الإرادة . ولكن ليست كل متايرة من الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة غلطاً ، فالهزال والنقص الذى يضر غير ما يظهر فى حالة التخطئ ذهنى (réserve mentale) كلاهما تختلف إرادته الظاهرة عن إرادته الباطنة دون أن يكون واقعاً فى غلط .

(٢) وقد يقع الغلط فى الإرادة الظاهرة كما يقع فى الإرادة الباطنة : والغلط الذى يقع فى الإرادة الظاهرة ليس هو متايرتها للإرادة الباطنة ، بل هو غلط يقع فى التعبير عن الإرادة ذاتة أى فى الإرادة الظاهرة . ويأتى سالى بمثل على ذلك : شخص عنده حصانان ، حصان أسود فيه عيب يريد يمه من أجله وحصان أبيض لا عيب فيه ولا يريد يمه . فإذا قال : أبيعك الحصان الأبيض ، وهو يريد أن يقول : الأسود ، كان هناك غلط فى الإرادة الظاهرة . أما إذا اعتقد خطأ أن الحصان الأبيض هو العيب ، فقال أبيعك الحصان الأبيض ، كان هناك غلط فى الإرادة الباطنة لا فى الإرادة الظاهرة . والقانون الألمانى يجعل المقد قابلاً للاجتماع لكل من هذين النوعين من الغلط (أنظر فى هذا الموضوع سالى فى إعلان الإرادة ص ١١ وما بعدها — نظرية المقد للؤلؤف ص ٣٥٩ هامش رقم ٤) .

في التفسير (erreur d'interprétation). والفرق بين النلط الذي يقع وقت تكون الإرادة والطل الذي يقع في النقل أو في التفسير أن النلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما النلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة^(١).

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص هو المادة ١٧٢ من هذا المشروع ، جرى بما يأتي : « تسرى الأحكام الخاصة بالطل في حالة ما إذا نقل رسول أو أى وسيط آخر إرادة أحد المتعاقدين بحرفه » . وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي « لأنها تقرر حكماً تفصيلياً لا حاجة إليه » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ١٦٦ — ص ١٦٧ في المامش) . والنس المحذوف مع مذكرته الإيضاحية يوم أن النلط في النقل أو في التفسير غلط يعيب الإرادة . والصحيح أنه يكون سبباً في عدم توافق الإرادتين فلا ينعقد العقد . هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الفاضلة في حالة التحريف في النقل (قارن المادة ١٢٠ من القانون الألماني) ، فيكون العقد صحيحاً ، ويؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هي الإرادة الصحيحة لن صدرت منه هذه الإرادة . والقضاء المصري يأخذ بالرأى الأول ولا يعتبر العقد قد تم لعدم توافق الإرادتين ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آتياً فقرة ١٢٢ في المامش) . وسواء أخذ بالرأى الأول تمسكاً مع نظرية الإرادة الباطنة أو أخذ بالرأى الثاني تمسكاً مع نظرية الإرادة الفاضلة ، فإن الوسيط الذي حرف الإرادة يكون مسئولاً نحو المتعاقدين الأول إذا انعقد العقد ، أو نحو المتعاقدين الآخر إذا لم ينعقد .

ومن قبيل النلط في النقل مجرد النلط في الحساب وغلطات التلم . وهذا النلط لا يؤثر في انعقاد العقد ولا في صحته . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في القانون الجديد ، نصت المادة ١٢٣ على أنه « لا يؤثر في صحة العقد مجرد النلط في الحساب ولا غلطات التلم ، ولكن يجب تصحيح النلط » (أنظر المادتين ٥٣٦/٥٨ من القانون القديم فيما يتعلق بتصحيح أرقام الحساب في عقد الصلح — وقد ورد نص القانون الجديد في المشروع التمهيدي تحت رقم المادة ١٧٠ ، وفي المشروع النهائي تحت رقم المادة ١٢٧ ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلسة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٢٣ ، فجلس الشيوخ تحت الرقم ذاته : مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ١٦٤ — ص ١٦٦) . والقضاء المصري مضطرب في هذا المعنى : محكمة الاستئناف الوطنية في أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الضرائع ٢ ص ١٣٩ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٦ — وفي ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ — وفي ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٥ — وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٦ — وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ — وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٧ . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ في ذات الأرقام المثبتة بحساب التالوة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا النلط ظاهراً في الأرقام الثابتة في كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو كانت غير متطابقة لأرقام أخرى ناتجة قانوناً . أما إعادة حساب تلك التالوة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل الناس والحساب النهائي عن التالوة بعد إتمامها ما دام عملاً مفتقداً عليه في أصل عقدها ، فإن هذا الاختلاف متى أخذ بعمل الناس والحساب فلا ووقع عليه بالاعتقاد ، فقد انقضت مسئولية كل عقده عنه ، وأصبح هو ونتيجته ملزماً للقرطين (نقض مدني في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد ثبتت من واقع الدعوى أن التباين الذي هو محل النزاع قد وقع على عين معينة =

١٦٦ — الفلظ الذى يعيب الإرادة : ويبنى ، بعد استيعاب ما قلناه من أنواع الفلظ ، الفلظ الذى يعيب الإرادة ، وهو الذى يعنينا بمبحثه ويجب أن نرسم له دائرة واضحة للعالم . فهو من جهة غلط يقع فى تكون الإرادة لا فى قتلها ولا فى تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر فى الفلظ المانع . ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر فى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الفلظ الذى يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان المقد وإلا أعدم التراضى كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم إن الفلظ هو أمر نفسى يستكن فى الضمير ، فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به التعاقد الذى وقع فى الفلظ ، بل يتصل به التعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتماد به .

خلص لنا من ذلك أن الفلظ الذى يعيب الإرادة يجب أن يكون : (أولاً) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان المقد . (ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به التعاقد الآخر .

فنتكلم إذن فى المسألتين الآتيتين : ١ — متى يكون الفلظ جوهرياً وعلى أى شيء يقع . ٢ — كيف يتصل التعاقد الآخر بالفلظ^(١) .

== تلاقى عندنا إرادة المشترى مع إرادة البائع ، وأن ما جاء فى العقد خاصاً بمحدود هذه العين قد شابه غلط فى حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون مغلطة إذا ما اعتبرت هذا الفلظ من قبيل الفلظ للمادى الواقع حال تحرير المحرر المثبت للتعاقد لا الفلظ المعنوى الواقع حال تكوين الإرادة المفسد للرضا (نقض مدنى فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ من ٥٠٣) . [وانظر فى الفلظ للمادى والحسابى دى باج — ملحق الجزء الأول — ص ٢٦ بند ٤١ و ٤١ مكرر — والجزء الثانى بند ٢٢٣ والجزء الخامس بند ٤٢٤] .

(١) وثبوت واقعة الفلظ مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها (نقض مدنى فى أول أبريل ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ من ٥٨٦) .

١ — متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شيء يقع

١٦٧ — معيار الغلط الجوهري في القانون الفرنسي وكيف تطور من معيار

موضوعي إلى معيار ذاتي : ورث الفقه الفرنسي التقليدي عن القانون الفرنسي القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره في صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلا وهو الغلط المانع الذي سبقت الإشارة إليه ، وغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة العاقد الذي وقع في الغلط ، وغلط لا يؤثر في صحة العقد .

وقد سبق أن بينا الحالات الثلاث التي يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلا .

أما الغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال فيكون في حالتين : (١) غلط يقع في مادة الشيء محل الالتزام الناشئ من العقد ، وهو ما تعبر عنه المادة ١١١٠ من التقنين المدني الفرنسي بالغلط الواقع في مادة الشيء ذاتها (substance même de la chose) .
(٢) غلط يقع في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد .

والغلط الذي لا يؤثر في صحة العقد يكون في أحوال أربع : ١ — غلط في وصف لا يتعلق بمادة الشيء محل الالتزام . ٢ — غلط في قيمة الشيء محل الالتزام . ٣ — غلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد . ٤ — غلط في الباعث على التعاقد .

ولكن القضاء في فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . وجارى الفقه الحديث القضاء في ذلك . فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثي للغلط ، إذا استبعد النوع الأول وهو الغلط الذي يجعل العقد باطلا ، لأنه يتصل بوجود التراضي لا بصحته كما قلنا . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثاني والثالث ، فإن التمييز ما بين هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تصيق بما تقتضيه الحياة العملية ، وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فمن الغلط ما يقع في قيمة الشيء أو في الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر في صحة العقد لأنه

كان هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع في مادة الشيء ومع ذلك لا يؤثر في صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالمعبرة إذن ليست بأن الغلط وقع في مادة الشيء أو في قيمته ، بل المعبرة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle) ، أى بأنه كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد (la raison principale et déterminante) . فلا تكون هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط في صحة العقد وحالات أخرى محددة كذلك لا يؤثر فيها الغلط ، بل تهدم هذه القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى ، ونستبدل معياراً بقاعدة ، ويصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد وذلك في جميع الحالات ، تبعاً للملابسات كل حالة وظروفها الخاصة .

وتطور الفقه الفرنسى من الأخذ بمعيار موضوعى إلى الأخذ بمعيار ذاتى نراه واضحاً في تفسير عبارة «الغلط في مادة الشيء ذاتها» الواردة في المادة ١١٠ من القانون الفرنسى . فقد بدأ الفقهاء الفرنسيون في العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً ، ويذهبون إلى أن المراد بذلك هو الغلط الذى يتعلق بالمادة التى يتكوّن منها الشيء ، ومادة الشيء هى مجموع الخصائص التى تدخله في جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى . ويقدمون عادة المثل الذى أتى به پوتيه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلى بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة^(١) . ثم أخذ الفقهاء في عهد ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتى في تحديد هذا النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء في هذا الطريق هما الأستاذان أوبرى ورو^(٢) ، فقد أخذوا في الأصل بالمذهب الموضوعى كقاعدة عامة ، فذهبوا إلى أن المراد بمادة الشيء هى العناصر المادية التى تكونه والخواص التى تميزه من الأشياء الأخرى طبقاً للتعريف بين الناس ، ولكنهما أضافا إلى ذلك جواز أن يتفق المتعاقدان على توافر صفة معينة في الشيء فتصبح هذه الصفة جوهرية بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشيء من حيث هى . ثم هجر الأستاذان لوران ، في عهد ثالث ، المعيار الموضوعى وأخذ

(١) أظن في هذا المعنى ديراتون ١٠ فترة ١١٤ — ١١٦ — ملوكابه ٤ فترة ٤٠٧ .

(٢) أظن أوبرى ورو ٤ فترة ٣٤٣ مكررة ص ٤٩٠ و ٤٩٢ .

بالمعيار الذاتى جملة واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هى التى تحدد مادة الشيء والأوصاف المعتبرة فيه^(١) . واقضى سائر الفقهاء أثر لوران فى هذا المنحى ، فذهب الأستاذان بودرى وبارد إلى أن المراد بمادة الشيء هى الأوصاف الرئيسية التى اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما فى ذلك الشيء ، والتى ما كان التعاقد يتم بدونها^(٢) ، وذهبت الأساتذة بلانيول وكولان وكايتان وجوسران إلى هذا رأى^(٣) .

فاعبره إذن ، طبقاً للمعيار الذاتى ، بالأوصاف المعتبرة فى نظر المتعاقدين لا بالخصائص التى تكون مادة الشيء فى ذاته ، فقد يشتري شخص شيئاً على أنه أثر تاريخى ويعتقد فى الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب فيتضح أنه مصنوع من (البرونز) ، فهذا غلط «فى مادة الشيء» ، ولكنه بحسب نية المشتري ليس غلطاً فى الصفة المعتبرة عنده ، فما دام الشيء الذى اشتراه هو الأثر التاريخى الذى يقصده ، فلا يعنيه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل الفقه والقضاء فى فرنسا بعبارة «مادة الشيء» (substance) (de la chose) عبارة أخرى اشتقاقها من الكلمة ذاتها هى الصفة الجوهرية (qualité substantielle) ، أى الصفة التى اعتبرها المتعاقد فى الشيء . والمعيار الذاتى ما هو فى الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإدارة ، فمادامت إرادة العاقد هى التى تنشئ الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة فى حقيقتها وعلى وجهها الصحيح ، لا معيبة بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب^(٤) .

(١) لوران ١٥ فقرة ٤٨٨ .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤ .

(٣) بلانيول ٢ فقرة ١٠٥٣ — كولان وكايتان ٢ ص ٢٨١ — جوسران ٢ فقرة ٦٩ — فقرة ٧٢ . [واضر أيضاً بيدان ج ٨ بند ١١٢ ص ٧٦ حيث يذكر أن الصفة قد تكون جوهرية فى حالة وعرضية فى أخرى وفقاً لنية المتعاقدين — ومن القريب أنه يقرر أن هذا هو رأى بوتيه — وفى بند ١١٣ ص ٧٧ يورد أمثلة على الصفات الجوهرية منها مصدر الشيء (نبيذ فرنسى أو أسبانى) ونسبة إلى صانع معين (لوحة فنية من عمل فلان معين) . وقد تكون مساحة الأرض صفة جوهرية فيها وفقاً لفرض التصود من التعاقد] .

(٤) [أنظر دى باج ج ١ بند ٣٩ ص ٤٧ وهامش (١) بها] .

١٦٨ — معيار الفاظ الجوهري في القانون المصري معيار ذاتي : وبالمعيار الذاتي أيضاً أخذ الفقه والقضاء في مصر منذ عهد التقنين القديم . وقد أسعفهما في ذلك نصوص هذا التقنين ذاتها ، فقد كانت للمادتين ١٣٤/١٩٤ من التقنين الوطني والمختلط تنصان على أن « الفاظ موجب لبطان الرضاء متى كان واقفاً في أصل الموضوع للمعتبر في العقد » ، وجاء في النص الفرنسي للقانون المصري القديم : « متى كان واقفاً في الناحية الرئيسية التي كانت محل اعتبار في الشيء عند التعاقد (le rapport principal sous lequel la chose été envisagée dans le contrat) فالنصوص كما نرى تذهب بوضوح إلى الأخذ بالمعيار الذاتي ، وقد نقلت لا عن نصوص التقنين الفرنسي بل عن القضاء والفقه في فرنسا بعد التطور الذي أسلفنا ذكره^(١) .

وجاء التقنين الجديد مؤيداً للمعيار الذاتي وصريحاً في وجوب الأخذ به . فقد نصت المادة ١٢٠ على أنه « إذا وقع التعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد... »^(٢)

(١) أظفر في الفقه المصري دى هلنس الجزء الأول لفظ (convention) فقرة ٥٦ — هالتون ١ ص ٣٨٧ — فتحى زغلول ١٣٢ — والتون ١ ص ١٦٥ — اندكتور عبد السلام ذهبي في الالتزامات فقرة ١٢٧ — الدكتور محمد صالح في الالتزامات فقرة ٢٦٨ — الدكتور محمد وهبة في النظرية العامة في الالتزامات فقرة ٢٥٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٧ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ١١٦ — الدكتور أحمد حشمت أبوسنت فقرة ١٥٦ وما بعدها .
واظفر في القضاء المصري محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ ص ٩٢٣ — محكمة قنا الاستئنافية في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٦ — محكمة الجيزة الجزئية في ٢١ مارس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١٤٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ — وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٦ — وفي ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ — وفي ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ — وفي ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٥ — وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ — وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٨ — وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٦١ — وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٤ .

(٢) أظفر المادة ٢٣ من تقنين الالتزامات السويسري ، والفترة الأولى من المادة ٣٧ من تقنين الالتزامات البولوني . واظفر تاريخ نص المادة ١٢٠ من التقنين الجديد فيما يلي عند الكلام في الفاظ المشترك وفي الفاظ الفردي (فقرة ١٧٦) .

نم نصت المادة ١٢١ على أنه : « ١ — يكون الفلظ جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولم يقع في هذا الفلظ . ٢ — ويعتبر الفلظ جوهرياً على الأخص : (أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهريّة في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس المقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد » ^(١) .

ويتبين من هذه النصوص أن التقنين الجديد قد أخذ بالمعيار الذاتي . فالفظ الجوهري عنده هو الفلظ الذي يبلغ ، في نظر المتعاقد الذي وقع في الفلظ ، حداً من الجسامة بحيث كان يتمتع عن إبرام العقد ولم يقع في الفلظ . فهو إذا وقع في صفة للشيء . وجب أن تكون هذه الصفة جوهريّة في اعتبار المتعاقدين ، وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي « ١ — يكون الفلظ جوهرياً إذا كان من الجسامة بحيث كان يتمتع الطرف الذي وقع فيه عن إبرام العقد ولم يقع في الفلظ وقدر الأمور تقديرأً معقولاً . ٢ — ويعتبر الفلظ جوهرياً على الأخص في الأحوال الآتية : (أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهريّة في اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس المقد من ظروف ولما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات الشخص أو في صفة من صفاته ، وكانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد . (ج) إذا وقع الفلظ في أمور يعتبرها المتعاقد الذي يتسمك بالفظ عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تقتضيه به الزاخرة في التعامل » . وحذفت لجنة المراجعة الجزء (ج) من الفقرة الثانية لأن ذكر هذه الحالة مع الحالات السابقتين يكاد يحيط بكل حالات الفلظ فلا يصح هناك معنى لإيراد الفقرة الثانية على سبيل التمثيل . وأصبح رقم المادة ١٢٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وحذفت لجنة النوابون المدني بمجلس الشيوخ عبارة « وقدر الأمور تقديرأً معقولاً » من الفقرة الأولى لأنها تتضمن قيداً يحسن أن يترك أمره لتقدير القاضي وحذفت عبارة « السبب الوحيد » من الفقرة الثانية حرف (ب) لأن في عموم عبارة « السبب الرئيسي » الواردة في الفقرة ذاتها ما يفي عنها ، وأصبح رقم المادة ١٢١ . وقد وافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (أنظر مجموعة الأعمال التشريعية ٢ من ١٥٥ — من ١٥٨) . وانظر المادة ١٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي والفقرة الثانية من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولوني .

وقابل النص في التقييدات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٢١ — م ١٢٢ (مطابق) — الليبي م ١٢٠ — م ١٢١ (مطابق) — العراق م ١١٧ — م ١١٨ (موافق) — اللبناني م ٢٠٣ — م ٢٠٥ (موافق) .

على أن الأخذ بالمعيار الذاتي يقتضى أن يكون للمعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الكشف عنها في بعض الأحيان . لذلك آخذ القانون الجديد قريبة موضوعية لتتم عن هذه الحالة النفسية ، قضى بأن صفة الشيء تكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها للتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبرها جوهرية وفقاً لما لابس العقد من ظروف ولما ينبئ في التعامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهيئان — إذا لم نهتد من طريق آخر — إلى تعرف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر في الآثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح أنها ليست كذلك ، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر في الآثار قريبة عن نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلاً على نية المتعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبئ أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشترها من تاجر الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

١٦٩ — على أى شئ يقع الغلط : والغلط الجوهرى ، على النحو الذى أسلفناه ، يصح أن يقع ، لا في صفة الشيء وفي الشخص فحسب ، بل أيضاً في القيمة وفي الباعث^(١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ١٢١ ما يأتي : « وينبغي أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهرياً . ولا يتحقق ذلك إلا إذا دفع من وقع فيه إلى التعاقد . ومؤدى هذا أن يناط تقدير الغلط بمعيار شخصي . وقد انتهى القضاء المصرى والقضاء الفرنسى في هذا الشأن إلى تطبيقات ثلاثة تقررت في نصوص المشروع : (أ) أولها تنطبق بالغلط الذى يقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما لابس العقد من ظروف ولما ينبئ أن يسود التعامل من حسن النية . وفي هذا القرض يرتبط تقدير الغلط الجوهرى بمعامل شخصي هو حسن النية وبمعامل مادي . قوامه الظروف التي لا يست نككون المتد . ب) والثاني يتصل بالغلط الواقع في ذات شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته إذا كانت هذه القات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى في التعاقد . والمعيار في هذا القرض شخصي بحث . (ج) والثالث خاس بالغلط الواقع في أمور يختبرها من يتمسك به من المتعاقدين عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما يقتضى به التزاهة في التعامل (ملاحظة : هذا التطبيق حذفته لجنة المراجعة كما قدسنا في تاريخ نص المادة ١٢١) . وقد تتطوى صورة الغلط في الباعث في هذا التطبيق الثالث . بيد أنه يتعين الرجوع ، عند الإثبات ، إلى عنصر موضوعى أو مادي بحث ، هو عنصر تزاهة التعامل . ويوضح من ذلك أن تقدير الغلط ، وإن كان قد نيط بمعيار شخصي بحث ، إلا أن تيسير الإثبات قد اقتضى الاعتداد عناصر مختلفة ، فيها الشخصى والمادى » . مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٣ .

والعبرة بأنه غلط جوهري ، لا بأنه وقع في هذا أو في ذاك . ونستعرض الآن الغلط في هذه الأحوال المختلفة .

١٧٠ — الغلط في صفة جوهريّة في الشيء : إذا طبقنا معيار الغلط الجوهري على

الغلط في وصف الشيء ، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد كما قدمنا . وفي القضاء المصري في ظل القانون القديم — والقانون الجديد أتى مؤكداً للقانون القديم كما أسلفنا — أمثلة كثيرة على ذلك . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الترخيص الذي أعطته الحكومة في استغلال أرض كانت تعتقد أنها لا تحتوي إلا على كميات صغيرة جداً من الملح يجوز إبطاله إذا تبين أن هذه الأرض تحتوي على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة^(١) . وقضت بأن بيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم ببطالها يجوز إبطاله للغلط الذي وقع فيه المشتري بشأن صفة جوهريّة في الشيء المبيع^(٢) . وقضت بأنه إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار ، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له مما يجعل الأرض محصورة من جانبها الأربع ولا منفذ لها يؤدي إلى الطريق العام ، فإن البيع يجوز إبطاله بسبب الغلط الواقع في صفة جوهريّة في الشيء المبيع^(٣) . وقضت بأن بيع قماش على أنه قابل لأن يفسل ثم يبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهريّة في الشيء^(٤) . وقضت بأن بيع شيء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهريّة في الشيء المبيع ؛ ولا يلزم المشتري برفع دعوى الإبطال في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو معيار رفع الدعوى في ضمان الميوب الخفية ، أما هنا فالدعوى دعوى إبطال للغلط^(٥) .

(١) ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ .

(٢) ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ — جازيت ١ ص ٣٤ .

(٣) ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ — وانظر حكماً ثانياً في ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٥ — وحكماً ثالثاً في ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ .

(٤) ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ .

(٥) ١٩ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٥ ص ٢٣٩ — وانظر حكماً آخر في ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٢١ — مصادر الالتزام

وقضت بأنه يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء قبول حواله حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن ، ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن القمار الرهون بيع إلى الغير ، فشرط عدم ضمان الحيل يطل في هذه الحالة^(١) . ولكن لا يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء المبيع أن يقع خطأ في بيان حدود الأرض المبيعة ما دامت نمرة الأرض في خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك^(٢) . ولا يعتبر غلطاً يحمل العقد قابلاً للإبطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك^(٣) .

١٧١ — **الغلط في شخص التعاقد** : وإذا طبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط في شخص التعاقد ، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى في التعاقد كما هو نص المادة ١٢١ . مثل هذا الغلط إنما يقع في العقود التي تكون فيها شخصية التعاقد محل اعتبار كعقد التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة^(٤) . وهو قد يقع في ذات التعاقد إذا كانت هي محل الاعتبار ، كالغلط في شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع في صفة جوهرية من صفات التعاقد كانت هي الدافع إلى التعاقد كأن يهب شخص لآخر مالا

٣٨ م ٥٨ م ٧٤ (وقد سبقت الإشارة إليه) . وانظر في التمييز ما بين الغلط في الشيء واليب الخفي فيه نظرية القدر للمؤلف بقرة ٣٥٨ . وكان القانون القديم يوجب رفع دعوى اليب في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة (م ٤٠٢/٣٢٤) ، أما القانون الجديد فجعل الدعوى تتقدم بانقضاء سنة من وقت تسليم المليم (م ٤٥٢) .

(١) ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٣٣٣ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ م ١٢٠ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ م ١٠٤ — وفي ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ م ٢٦٣ — وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٥ م ٢٨٥ — وفي ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ١٨٧ .

(٤) [أظهر بديان ج ٨ م ٧٤ بند ١٠٩ — حيث يذكر من بين هذه العقود عقد الصلح وعقد السلم — وصى باج في ملحق الجزء الأول م ٢٥ هامش (١) حيث يشير إلى أن عقد الإيجار قد تكون شخصية التعاقد فيه محل اعتبار — ويقرر أن القصور بشخصية التعاقد قد يكون صفة خاصة فيه كالمهارة الفنية] .

معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك^(١)، وكأن يؤجر شخص منزلاً لامرأة يعتقد أن سلوكها لا رية فيه فيتضح أنها امرأة محترفة المهارة حتى لو لم تكن تباشر مهنتها في المنزل، وكان يتعاقد شخص مع أحد الفنانين (مهندس أو صانع في عمل يقتضى مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر في فنه^(٢). وتقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت هي محل الاعتبار وهي التي دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين^(٣). فالميار ذاتي، وهو الميار الذي يطبق في جميع نواحي نظرية النلط.

١٧٢ — النلط في القيمة: رأينا أن النظرية التقليدية لا تقيم لهذا النلط وزناً فلا تجعله يؤثر في صحة العقد. أما إذا سائرنا النظرية الحديثة وهي التي أخذ بها القانون المصري، وطبقنا ميار النلط الجوهرى على النلط في القيمة، وجب أن نقول إن النلط في قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد يحمل العقد قابلاً للإبطال. فإذا باع شخص شيئاً بقيمته الفعلية، وكان يحمل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة، كان له أن يطلب إبطال

(١) انظر دى باج ج ١ بند ٤٠ حيث يذكر أنه حينما تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار فانها تعتبر الباعث الدافع إلى التعاقد. ويشير في ذلك إلى جوسران ج ٢ بند ٧٨.

(٢) انظر في هذه الأمثلة وفي غيرها: نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٦٠ — فقرة ٣٦٢ [وقد قضت محكمة النقض (نقض مدنى ٦ مايو ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٥ س ٨٤٠) بأن النلط في شخصية المتعاقد أو صفته لا يؤثر بمجرد عدم إدراج اسمه وقت التعاقد في نقابة المهن الهندسية ما دام قد ثبت أنه كان مصرحاً له بمزاولة مهنة مهندس معمارى].

(٣) [انظر بهذا المعنى: ييدان ج ٨ بند ١٠٩ س ٧٤ — ودى باج: ملحق الجزء الأول بند ٤٠ س ٢٥ وهامش (٤) بها حيث يذكر أنه حتى في العقود التي تكون شخصية المتعاقدين قوالباً لها في العادة كمقد الشركة قد يرى القضاء في بعض الأحوال أن الاعتبار الشخصى لم يكن له التام الأول فيها (نقض بلجيكي ٢٤ مايو ١٨٧٨ — باسكربزى ١٨٧٨ — ١ — ٢٧٤).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المقرر المحكم المعلوم فيه بأن الصفة التي اتخذها أمين النقل في التعاقد من أنه مالك لسيارات وعربات أجرة لم تكن صفة جوهرية يترتب على تخلفها إبطال العقد، هو تقرير موضوعي: نقض مدنى ٢٩/١٠/١٩٥٣ مجموعة أحكام محكمة النقض ٥ رقم ١٣ س ١٠٨.

البيع للفاط في قيمة الشيء الذي باعه . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في قضية اتفق فيها صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحساب حجمها أو بحساب وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة ، وطلب هذا أن يكون السعر بحساب الحجم فتبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف ، ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل كثيراً عن السعر الذي يطالب به ، بأن صاحب البضاعة في هذه الحالة يجوز له أن يطلب إبطال عقد النقل^(١) .

١٧٣ — الفاط في الباعث : تصدم القول إن النظرية التقليدية تميز بين الفاط في السبب والفاط في الباعث ، فتجصل الأول يبطل العقد بطلاناً مطلقاً ، وتجعل الثاني لا أثر له في صحة العقد . والنظرية التقليدية عندما تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب في نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الغرض المباشر الذي يقصد الملزم الوصول إليه من وراء التزامه . فإذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطلة

(١) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ — جلزت ص ١٣٥ رقم ٤٠٠ — وفي قضية أخرى قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الفاط يجعل العقد قابلاً للإبطال إذا كان غلطاً يؤثر تأثيراً كبيراً في الثمن باعتباره الرابطة الرئيسية في التعاقد (٢٥ مارس ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٦١) — وفي قضية كان المدين فيها مطالباً بالدفع بالعملة المصرية ، فدفع للدائن بالعملة الفرنسية وقبل ممثل الدائن (وكان حارساً قضائياً) الوفاء بهذه العملة معتقداً أن الائتاق يعطي المدين هذا الحق ، ثم تبين بعد ذلك أن المدين ملزم بالوفاء بالعملة المصرية ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بإلزام المدين بدفع الفرق بين سعر العملة في اليوم الذي كشف فيه هذا الفاط (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٦) . كذلك إذا استوفى المدين مبلغاً أقل مما يستحق عن غلط منه ، لم يكن هذا الوفاء ميراثاً لقيمة المدين في كل الدين (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٥) . انظر أيضاً في الفاط في القيمة محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ ، وفي الفاط في عقد التخارج محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ — وحكماً ثالثاً في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٣ — وحكماً ثالثاً في ١١ يولية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٠ . وانظر أحكاماً أخرى تقضى بغير هذا المبدأ في نظرية العقد المؤقت ص ٣٧٧ حاشية رقم ٢ .

هنا ويلاحظ أن الفرق ما بين الفاط في القيمة والتبني يقوم على أنه ليس من الضروري أن المتعاقد المتبني يكون قد وقع في غلط بالنسبة للقيمة التي باعها الشيء الذي يتعاقد عليه ، فقد يكون على قيمة الشيء الحقيقية ويقل التبني بالرغم من ذلك .

أو أنها سقطت بمدول الموصى ، كان هناك غلط في السبب بمعناه التقليدى ، فإن الورثة قصدوا من التزامهم بقصد القسمة غرضاً مباشراً هو إفراز نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصّة في العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط في السبب^(١) . أما الغلط في الباعث ، وهو الذى لا يؤثر في صحة العقد طبقاً للنظرية التقليدية ، فنحنه أن يبيع شخص عيناً وهو مريض ويمتد أنه في مرض الموت ، ثم يشفى من المرض ، فهو لا يستطيع أن يطن في البيع بدعوى أنه صدر منه وهو في مرض الموت لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة وبشرط أن ينتهى المرض بالموت ، ولا يستطيع أن يطن في البيع بالغلط في الباعث ولو أن الدافع له إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وطبقنا معيار الغلط الجوهري ، كان الغلط في الباعث في هذا المثل غلطاً جوهرياً يميز للبائع أن يطلب إبطال البيع^(٢) .

(١) أنظر ما جاء في نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٦٤ ، حيث ذكر من الأمثلة على الغلط في الباعث أن بصطلح الوارث مع الموصى له على أن يسلم الأول للثاني جزءاً من الشيء الموصى به دون الباقي ، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد الوارث أن الوصية قائمة وقت موت الموصى ، ونضج بعد ذلك أن الموصى كان قد عدل عنها . والفرق ظاهر بين هذا المثل ومثل قسمة الوارث مع الموصى له . في الحالة الأولى ينزع الوارث في الوصية وينتهى بالمصالحة عليها وقد دفعه إلى ذلك اعتقاده أن الموصى لم يعدل عنها ، ولكن أثر النزاع بقي في أن الوارث لم يسلم الموصى له إلا جزءاً من الشيء الموصى به . فالغلط هنا يقع في الباعث . أما في قسمة الوارث مع الموصى له ، فالوارث يسلم بالوصية ولا ينزع فيها ، لذلك انقسم مع الموصى له العين الثامنة ، وأعطاه نصيبه ، وهو القدر الموصى به ، كاملاً بمقتضى عقد القسمة . فالغلط هنا يقع في السبب بمعناه التقليدى . [وراجع ميدان ج ٨ بند ٢٢٤ و ٢٢٥ حيث يقرر أن الغلط في السبب قد يكون غلطاً في الواقع كما لو تعهد شخص بسداد ديون قريب له توفى اعتقاداً منه بأنه سيرته ثم اتضح أنه ليس من ورثته . وقد يكون غلطاً في القانون كما لو اعتقد الوارث أنه ملزم بسداد ديون مورثه فصدّه بوقتها مع أن القانون لا يلزمه بذلك] .

(٢) ومن أمثلة الغلط في الباعث ما يظهر فيه لأول وهلة أن الغلط ينبني ألا يؤثر في صحة العقد . فلو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك ، أو استأجر موظف منزلاً في مدينة معتقداً أنه سيتنقل إليها ثم يبين بعد ذلك أنه لم يتنقل ، كان هذا غلطاً في الباعث ، وينبني ألا يؤثر في صحة العقد ولا تعرض التامل لخطر التزعزع وعدم الاستقرار . ولكن هذه النظرة الأولى غير دقيقة ، فإن الذى يعرض التامل للتزعزع في مثل هاتين الحالتين ليس هو أن الغلط في الباعث يكون غلطاً جوهرياً ، بل إن التعاقد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط . وسرى فيما يلي أن الغلط الذى يجعل العقد قابلاً للإبطال يجب أن يشترك فيه التعاقد الآخر ، أو أن يكون على علم به ، =

ونرى من ذلك أن التمييز يبقى قائماً بين الغلط في السبب والغلط في الباعث مادامنا تحتفظ بالنظرية التقليدية في السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية في الغلط فلا يزال الغلط في السبب بمعناه التقليدي يحمل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فيجعل العقد قابلاً للإبطال وفقاً للنظرية الحديثة في الغلط ، ولا يؤثر في صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية^(١) .

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية في السبب إلى النظرية الحديثة ، فإن الغلط في السبب يختلط بالغلط في الباعث ، ويصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمة محل للقول بأن الغلط في السبب يحمل العقد باطلاً والغلط في الباعث يحمل العقد قابلاً للإبطال . ويتعين الأخذ بأحد الأمرين : إما أن يكون الغلط في كل من السبب والباعث — فهما شيء واحد في النظرية الحديثة في السبب — من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، وإما أن يكون هذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يجوز التفريق بينهما في الحكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، يتحسسونها ولكن لا يجرؤون على قول حاسم فيها . فهم يقولون بالنظرية الحديثة في السبب ومخلطونه بالباعث ، ويقولون بالنظرية الحديثة في الغلط ويحملون معياره الغلط الجوهرى ولو وقع في الباعث ، ولكنهم يقفون عند هذا ويقولون على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط في السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ،

— أو أن يكون من السهل عليه أن يتيقنه . فلا يزعزع العامل في شيء أن يطلب مشتري السيارة أو مستأجر المنزل ، في التلحين المتقدمين ، لإبطال العقد ، مادام المشتري في المثل الأول يستطيع أن يثبت أن بائع السيارة كان يعتقد مثله أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام وأن هذه الواقعة للموهومة هي التي دفعت المشتري إلى الصراء ، أو أن البائع كان على علم بأن الواقعة التي دفعت المشتري إلى الصراء إنما هي واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتيقن ذلك — وما دام المستأجر ، في المثل الثاني ، يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أنه قل إلى المدينة التي استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع للاستئجار ، أو أن المؤجر كان على علم بأن النقل الذي دفع الموظف إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتيقن ذلك .

(١) [أنظر كايغان في السبب بند ١٠٢ وما بعده — وقضى فرنسي ١٦ نوفمبر ١٩٣٢ — سبرى ١٩٣٤ — ١ — ١ . وقارن يلمان ج ٨ بند ١١٧ ص ٢٩ حيث يفرق بين البواعث العرضية motifs occasionnels التي لا تؤثر في صحة العقد — والباعث الدافع إلى التعاقد — التي يؤدي الغلط فيه إلى تخلف الرضا — لأنه غلط في السبب — وأنظر أيضاً في قس المرجع : بند ٢٢٣ ص ١٥٥ — وإشارته إلى تطبيق اسمان التي سيأتى ذكره هنا في ص ٣٢٨ هامش ١] .

والغلط في الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . فترتب على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منطقتي السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعا كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالسبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال^(١) .

هذا التناقض المريب توافاه القانون المصري الجديد . فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة في كل من الغلط والسبب ، وانبثق على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة ، فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هي التي تنطبق أحكامها على هذه المنطقة ، فيكون الغلط في كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يكون

(١) أظن في التوفيق ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث بلانول وريبير وبولانجيه سنة ١٩٤٩ الجزء الثاني فقرة ٢٠٥ وفترة ٢٩٩ وفترة ٣٠٤ وفترة ٨٢٤ — أما الفقه المصري فقد سار وراء الفقه الفرنسي في هذا التناقض : أظن الدكتور عبد السلام ذهني بك في الالتزامات فقرة ١٣٠ — الدكتور محمد وهيبه فقرة ٢٦٠ وفترة ٣١٨ — قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٥ هامش رقم ٢ — وقارن والتون ص ١ ص ٥٢ — ص ٥٣ — ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى الغلط في الباعث (في ظل القانون القديم) لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهرية في الشيء أو في الشخص (الدكتور أحمد حشمت أبوسنت فقرة ١٥٩) . ومنهم من يبين أن نظرية الغلط هي نظرية السبب غير الصحيح ، ولكنه يلحق تلك بهذه فيجعل الغلط جزءاً من نظرية السبب ، ثم يعود بعد ذلك فيجعل الجزء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبي (قابلية العقد للإبطال) لا البطلان المطلق (الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ١٧٣ و ص ١٧٩ و ص ١٩٨ و ص ٢٣٢ — ص ٢٣٤) . أنظر أيضاً في هذا الموضوع مؤلفاً موضوعاً بالفرنسية للدكتور شفيق شحاته في الالتزامات ص ٤٢ — ص ٤٣ .

ورى أن التي دعا إلى حيرة الفقه في هذه المسألة الدقيقة هو تطور النظريات القانونية وتداخلها بعضها في بعض ، فتبقى الحلول القديمة قائمة بالرغم من أنها تقصر عن مسايرة هذا التطور . فقد كان مسلماً في ظل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث ، وانبثق على ذلك أن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فلا يؤثر في صحة العقد : ومنذ تطورت النظرية التقليدية في الغلط ، واستبدل بالمعيار الموضوعي معيار ذاتي ، أصبح الغلط في الباعث يؤثر في صحة العقد . ولكن هذا التطور لم يزعزع سلامة التمييز ما بين الغلط في السبب بمعناه التقليدي والغلط في الباعث ، فلا زال الغلط في الحالة الأولى يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الحالة الأخرى فأثره بقي مختلفاً عن أثره في الحالة الأولى وإن كان قد تطور فأصبح يجعل العقد قابلاً للإبطال . إلى هنا بقي التمييز سليماً ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث . ولكن منذ تطورت نظرية السبب هي أيضاً ، كما تطورت نظرية الغلط ، واختلط السبب بالباعث في النظرية الحديثة ، صار متصفاً أن يجعل حكم الغلط في السبب هو حكم الغلط في الباعث دون تمييز بين الحالتين . ومع ذلك بقي الفقه إلى حد كبير محتفظاً بهذا التمييز ، ولم يلق بالآلى ما حدث من التطور .

هناك محل للقول بأن السبب المفلوط يجعل العقد باطلا . فالسبب الذى يجعل العقد باطلا فى القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده^(١) .

١٧٤ — الغلط فى الواقع والغلط فى القانون : وفى كل ما قدمناه من تطبيقات لتمييز الغلط الجوهرى ، سواء وقع الغلط فى الشيء أو الشخص أو القيمة أو الباعث ، لا نفرق بين ما إذا كان الغلط هو غلط فى الواقع أو غلط فى القانون^(٢) . فإدام جوهرياً ، أى ما دام هو الذى دفع إلى التعاقد ، فإنه يجعل العقد قابلاً للإبطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٢٢ من التقنين المدنى الجديد إذ تقتضى بما يأتى : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره »^(٣) . ولم يكن القانون القديم يشمل على نص فى هذه المسألة ،

(١) وسرى عند الكلام فى نظرية السبب أن القانون الجديد قد أخرج السبب المفلوط (أو السبب غير الصحيح) من منطقة السبب ، واقتصر على ذكر السبب غير المشروع .

[وقرب من ذلك ما أشار إليه (اسمان) فى تعليق له على حكم قضى فرنسى ١٦ نوفمبر ١٩٣٢ (سبرى ١٩٣٤ — ١ — ١) حيث فرق بين عدم مشروعية السبب وهى تؤدى إلى الإبطال المطلق — والغلط فى السبب — بمعنى الباعث النافى — وهو يؤدى إلى الإبطال النسبى أو القابلية للإبطال — لأن المقصود هنا هو حماية مصلحة فردية — وانظر ييدان ج ٨ ص ٧٢ هامش ٤] .

هذا ويلاحظ أنه إذا كان حكم الغلط فى السبب بالمعنى الحديث هو حكم الغلط فى الباعث فيكون العقد قابلاً للإبطال فى الحالتين كما قدمنا ، فإن الغلط فى السبب بمعناه التقليدى ، أى الغلط المتعلق بالفرس المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه ، لا يزال غلطاً يحول دون تكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل على ما سترى عند الكلام فى السبب ، فإذا وقع جعل العقد باطلاً كما أسلفنا القول .

(٢) [ييدان ج ٨ بند ١٢٠ وصى باج ج ١ بند ٤٣] .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الغلط فى القانون كالغلط فى الوقائع ، يجعل العقد قابلاً للإبطال ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وتردعت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ طويلاً فى استبقاء المادة أو حذفها اكتفاء بالقواعد العامة ، واستقر رأياً أخيراً على استبقائها بعد تعديلها على الوجه الآتى : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وأصبح رقم المادة ١٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ١٥٩ — ص ١٦٤) .

ولكن القضاء والفقه في مصر سارا على أن الغلط في القانون كالغلط في الواقع يحمل المقد قابلا للإبطال^(١).

والذى كان يلبس الأمر في هذه المسألة وقت قيام التقنين القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو كما يقولون : « لا يفرض في أحد أنه يحمل القانون » (Nul n'est censé ignorer la loi) ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه تجهلها ، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلا أمكن تطبيقها تطبيقاً متنبهاً لو أفسحنا جانب العذر في ذلك . ويدخل في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهي التي تعتبر من النظام العام . مثل ذلك أن يقرض شخص آخر بفائدة تريد على ٧ في المائة وهو تجهل أن الحد الأقصى للفوائد هو ٧ في المائة ، فليس للمقرض في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط في القانون وأنه ما كان يقرض قوده لو علم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على ٧ في المائة ، بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى ٧ في المائة . أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام ، فلا شك

= ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٢٣ (مطابق) — الليبي م ١٢٢ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبناني م ٢٠٦ (موافق) .

(١) دى هنلى لفظ convention فقرة ٦٠ — والتون ١ ص ١٨٦ — س ١٨٩ — الدكتور محمد وهيبه فقرة ٢٦٢ — الدكتور عبد السلام ذهني بك فقرة ١٢٠ — الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٢ — نظرية القدر للوئلف فقرة ٣٧٢ — الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ١٢٣ — الدكتور أحمد حسمت أبوستيت فقرة ١٦٥ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء يفسد الرضاء لافرق في ذلك بين غلط في القانون وغلط في الواقع (٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤) . وقضت كذلك بأن الاعتراف بصفة الحائر لمعار لا يكون صحيحاً إذا كان مبنياً على غلط في القانون (١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢) ، وبأن إمضاء الورثة على محضر جرد التركة ، وقد ذكر فيه بيع صادر من المورث في مرض الموت لأحد الورثة ، لا يجتر إجازة لهذا البيع إذا كانت الورثة التي أمضت محضر الميرد تجهل حكم القانون في بيع المريض مرض الموت وأنه يتوقف على إجازة الورثة (٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١) .

في أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط والتمسك به لطلب إبطال العقد ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل في عقد الصلح حيث تنص المادة ٥٥٦ مدنى على أنه « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون » (١).

(١) ولكن يجوز الطعن في الصلح لغلط في الواقع ، كما إذا صالح الدائن المدين على مبلغ الدين وكان المانع لهذا الصلح توثيق الدائن بدار الدين (استئناف مخطط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦١) . هنا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادة ١٢٢ ما يأتى : « قصد المشروع ... إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط في القانون . فكثيراً ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبى استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن خلاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق فيكون لغلط في القانون ، متى ثبت أنه جوهري ، شأن الغلط في الواقع من حيث ترتيب البطلان النسبى ، ما لم يقض القانون بغير ذلك ، كما هو الحال مثلاً في عقد الصلح . وقد جرى القضاء المصرى على ذلك : أنظر استئناف مخطط في ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤ — ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٩) .

ويلاحظ أن المراد بالغلط في القانون التلطل في القواعد القانونية التي ليست علل للخلاف ، فهذا هو الذى يحتج به . أما الغلط في المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له في صحة العقد (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦ — وفى ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٢ — وفى ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٤) . ولكن يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فلا ، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم ، فإن الشخص إذا رجح رأياً على رأى خطأ منه عد هذا غلطاً في القانون (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٦) . وقد يتفق أن مسألة قانونية يبت فيها القضاء على نحو معين ، ويجرى تعامل الناس على مقتضى الرأى الذى سار عليه القضاء ، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى رأى آخر ، ففي مثل هذه الحالة يجدر اعتبار الغلط في القانون مؤثراً في صحة العقد (أنظر في تحليل القضاء الفرنسى في هذا الموضوع رسالة الدكتور فىمى نور ص ٧١ — ص ٧٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك بأنه بى على حصول غلط في القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع في حكم منصوص عليه صراحة في القانون أو يجمع عليه من القضاء . فإذا حر أحد منكمين حريق حدث بقطار سكة حديد الحكومة إقراراً بأنه تسلم من خزنة المديرية ١٥٠ جنيناً بصفة إحسان ، وأنه ليس له بعد لإحسان الحكومة وعطفاً هذا أى حق في مطالبتها بشئ ما ، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بغلط في القانون . والمحكم الذى يعتبره كذلك مستنداً إلى أن الفر كان حين الإقرار يعتقد أن مصلحة السكة الحديد غير مشتوكة عن الحادث ، وأنه إذن يكون تنازل عما كان يعتقد أنه لا حق له فيه ، هو حكم مخالف للقانون متعين قطعه . وذلك لأن الأمر الذى يحتج أن صاحب الإقرار كان يجمله هو المسئولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل في تنظيم المصالح الحكومية أو سوء إدارتها ، وهذه المسئولية لا يقطع بها في القانون المصرى نص صريح فيه أو لإجماع من جهة القضاء ، فجهلها إذن لا يشوب الإقرار بالغلط المستوجب لفساد الرضاء المقر ، ويتعين إذن لإعمال الإقرار وأخذ صاحبه به (نقض مدنى في ٣ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٧ ص ٣٩٤) .

ومن المفيد أن نطبق هذا المبدأ على جميع أنواع الغلط التي سبق تفصيلها . فالغلط في القانون الذي ينصب على صفة جوهرية في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنياً ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد . ومثل الغلط في القانون الذي ينصب على شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقة مالا وهو يعتقد أنه استردها لمصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي يتقلب بائناً بانتهاء المدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بمقد جديد . ومثل الغلط في القانون الذي يقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف . ومثل الغلط في القانون ، الواقع في الباعث ، ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق للغير في التركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالي هو الذي يطبق ، وأن دعوى التبرير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضا الوارث يكون مشوباً بغلط في القانون^(١) .

ب — كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

١٧٥ — **الغلط المشترك** : لم نعرض في كل ما قدمناه إلا للمتعاقد الذي وقع في الغلط ، فهو الذي نطبق في شأنه المعيار الذاتي ، معيار الغلط الجوهرى . ولكن هل يبقى المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط ، غير متصل به على وجه من الوجوه ، والمعيار كما قدمنا ذاتي ، وكثيراً ما يكون جاهلاً بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له ؟ إننا إذا قلنا بذلك تزعزع التعامل ؛ ولم يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمان إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر ، وهو بعد لم يدخل في سريره فيعلم إن كان رضاؤه قد صدر عن غلط ! من أجل ذلك قال كثير من الفقهاء إن الغلط الفردى لا يكفي ، بل يجب أن يكون

(١) ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠٤ — جازيت ٨ رقم ١٩٣ ص ٧٩ . [واضح دى باج ج ١ فقرة ٤٢ حيث يعطى مثلاً قريباً من ذلك وهو أن يكون الباعث الدافع إلى التعاقد هو الاعتقاد بوجود قانون غير قائم أو كان موجوداً وألغى] .

الغلط مشتركاً بين المتعاقدين (erreur commune) . ذلك أن التعاقد إذا وقع في غلط جوهري واشترك معه المتعاقد الآخر في هذا الغلط ، ثم تبين الحقيقة وطلب المتعاقد الأول إبطال العقد ، فمن المدل أن بقره التعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه ، ولا يعود هناك وجه للتذمر من ثقلل المعاملات وعدم استقرارها . فإذا فرضنا مثلاً أن شخصاً باع لآخر صورة على أنها من صنع مصور مشهور ، وجب أن يكون كل من البائع والمشتري يعتقد أن الصورة هي من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشتري وحده هو الذي يعتقد ذلك دون البائع ، فلا يكون هذا الغلط مشتركاً ، ولا يجعل البيع قابلاً للإبطال حتى لا يفاجأ البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الغلط الذي وقع فيه المشتري .

هذه هي نظرية الغلط المشترك ، وهذه هي الحجج التي يقدمها أنصار هذه النظرية للتدليل على صحة نظريتهم . ولكننا لا نشك بالرغم مما يقدمون من حجج ، أن النظرية لا تتماشى مع المنطق ، ولا تتفق مع العدالة ، ثم هي ليست ضرورية لتحقيق الفرض العملي المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الفرض من طريق آخر^(١) .

أما أن النظرية لا تتماشى مع المنطق فظاهر ، لأن الغلط يفسد رضاه من وقع فيه ، ولا

(١) [انظر دي باج ج ١ بند ٤٦ حيث يذكر تحت عنوان « الغلط وضرورة الاستقرار » الوسائل التي عمد إليها القضاء لتخفيف من حدة النظرية التقليدية في الغلط ومنها (١) التفرقة بين الغلط المتفرغ وغير المتفرغ وقصر الحماية على الأول لأن الثاني ينطوي على خطأ من جانب صاحبه ينبغي أن ترتد إليه آثاره وخير تمويه عنه هو الإبقاء على العقد (٢) الحكم بالتعويضات على المتعاقد الذي وقع في الغلط إذا كان التعاقد الآخر حسن النية وأصابه ضرر من الحكم بالبطلان ، وذلك حتى في حالة الغلط المتفرغ (٣) وفي بعض الحالات يقيم القاضي العقد مع اقتباس الثمن بدلاً من إبطاله مع الحكم بالتعويض على مدعى البطلان . وينتقد الفقه هذا المسلك لأن إقامة التوازن القدي يعتبر تدخلاً من القضاء في تكوين العقد لا تسمح به القواعد العامة (٤) ويلجأ القضاء أيضاً إلى فكرة تحمل التعاقد الذي وقع في الغلط لحامل غطله وإلى التوسع فيها لتجنب الحكم بالبطلان في بعض الصور التي يبدو فيها الغلط غير متساغ . وكل هذه الوسائل في مجموعها تمثل أمثلة واضحة لمحاربة الفكرة الفردية في الغلط التي تصدر عنها نصوص القانونين الفرنسي والبلجيكي . ولا ظن أن قضاء المصري في حجة إلى مثل هذه الأساليب إزاء نص المادة (١٢٠) من القانون المدني الجديد ، ما لم يكن ذلك مجرد الاستهزاء في تفسير النص وتطبيقه] .

يمنع فساد هذا الرضاء كون المتعاقد الآخر لم يشترك في الغلط^(١). فيجب منطقياً إبطال العقد إذا شاب رضاء أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع له إلى التعاقد ، سواء وقع التعاقد الآخر في هذا الغلط أو لم يقع .

وأما أن النظرية لا تتفق مع العدالة — فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركاً ، ولكن المتعاقد الذي صدر منه رضاء صحيح كان يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر ، وتركه مسترسلاً في غلظه دون أن ينبهه إلى ذلك . فالغلط في مثل هذه الحالة يكون فردياً ، وليس من شأنه أن يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك . ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من المتعاقد الأول ، ولنفرض أنه وقف موقفاً سليماً محضاً ، فإن العقد يكون صحيحاً لا مطلقاً فيه . وبديهي أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، فإنه إذا كان عدلاً أن يبطل العقد في حالة اشتراك الطرفين في الغلط ، فالأولى أن يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبهه إليه^(٢) .

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعامل ، فإن ذلك يظهر في وضوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردي ، واقتصرنا على اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بهذا الغلط على الوجه الذي سنبينه فيما يلي :

١٧٦ — الغلط الفردي الذي ينصل به المتعاقد الآخر : يكفي إذن أن يكون الغلط

(١) [انظر دى باج ج ١ بند ٤٣ حيث يضيف حجة أخرى مؤداها أن الغلط قد يشوب ويصيب التصرف القانوني الحاصل بإرادة منفردة مم أنه ليس ثمة متعاقد آخر حتى يشترك في هذا الغلط . ولهذا يرى أن القول بالغلط المشترك هو وضع خاطيء للسألة . وانظر بيدان ج ٨ ص ٨٢ وهامش (١) حيث يذكر أن القانون لا يستلزم أن يكون الغلط متبادلاً بين المتعاقدين] .

(٢) [انظر دى باج ج ١ ص ٤٩ وهامش (٦) بها — وهو يرى أن الوضع الصحيح للسألة هو أن اشتراك المتعاقدين يجب أن يتحقق بالنسبة للصفة الجوهرية التي دفعت إلى التعاقد ، فان الطرفين يجب أن يشتركا في اعتبارها كذلك . فالشترك إذن ليس هو الغلط بل هو اتجاه الإرادة إلى الاهتمام بذلك الصفة في دائرة التعاقد] .

فردياً^(١) . ولكن إذا كان المتعاقد الآخر لم يشترك في هذا الغلط وجب — حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط — أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يقينه . وهذا ما قضى به المادة ١٢٠ من التقنين الجديد ، فهي تنص على أنه « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى ، جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يقينه »^(٢) .

(١) وقد سارت عمكة النقص في هذه النظرية إلى النهاية ، فاكثفت بأن يكون الغلط فردياً حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية ، وأجازت الحكم له بتعويض تطبيقاً لقواعد المسؤولية التصيرية . فقضت بأنه إذا أثبت المتعاقد أنه كان واقفاً في غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط ما كان عقد المشاركة ، حكم له بإبطالها ولو كان المتعاقد الآخر حسن النية غير عالم بغلط صاحبه ، إذ أن حسن نيته ليس من شأنه أن يقيم مشاركة باطله ، وإنما هو قد يجعل له على الغلط حقاً في تعويض إن كان يستحقه طبقاً لقواعد المسؤولية . فإذا قضى الحكم بإعلان الإقرار النوع من الملوك بموافقة على تقدير مصلحة الضرائب لأرباحه بناء على أن موافقته كانت عن غلط وقع فيه ، فإنه لا يكون بحاجة إلى تحرى علم مصلحة الضرائب بغلطه (قضى مدنى فى أول أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ من ٥٨٦) . ولكن يلاحظ أن مصلحة الضرائب لها وضع خاص ، وشأنها ليس كشأن المتعاقدين العاديين . فهي إذا لم تعلم بغلط الملوك كان كل ما أصابها من ضرر هو أن فات عليها ربح غير مشروع ، فهل لها أن تشكو من ذلك !

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٧ من المشروع التهيدى على الوجه الآتى : « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى وقت إنعام العقد ، فيجوز له أن ينسك بإعلان إن كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جره بموقفه إلى الوقوع في الغلط ، أو كان واقفاً مثله فيه ، أو كان يعلم بوقوع الغلط ، أو كان من السهل عليه أن يقينه ذلك » . وقد حذفت لجنة المراجعة عبارة « ولو لم يرتكب خطأ » ، وقد جره بموقفه إلى الوقوع في الغلط « لأن هذه العبارة تفترض حالة بندر وقوعها وإذا وقعت أمكن أن تندرج تحت حالة من الحالات الأخرى ، وحذفت عبارة « وقت إنعام العقد » لعدم ضرورتها . وأصبح رقم المادة ١٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . أما لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ فبعد تردد طويل وافقت على المادة كما أقرها مجلس النواب وأصبح رقمها ١٢٠ ، وقالت فى تقريرها ما يأتى : « اقترح الإعراس عن نظرية الغلط المشترك كما تقررها المادة ١٢٠ من المشروع ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن فكرة الغلط الفردى فى إطلاقها تحمل باستقرار المعاملات وتسحق المجال لضروب من الادعاءات والمفاجآت اتقعد الإجماع على وجوب توقيها . ونص المشروع فى الغلط ينشئ مع النظرية التقليدية ، ولا تزال هذه النظرية صالحة للعمل بها ، فهي تؤدى إلى تحصيل نفس النتائج التى يصل إليها الفقه الآن عن طريق نظريات أخرى ، هنا إلى أنها تتميز بالوضوح وهى بعد تستعرض فروصاً مختلفة فى الغلط إذا كانت تشترك جميعاً فى أن الغلط فيها مبطل للعقد فإنها تختلف فى بقية الأحكام ، فالغلط إذا كان مشتركاً بين البائع والمشتري كان البائع حسن النية ولا يتعرض إلا إلى إبطال العقد ، أما إذا أقر المشتري بالغلط فالبائع لما أن يكون على علم بغلطه ويكون سعيه النية ويترجم فوق لإبطال العقد التعويض وهذه حالة أدنى ما تكون إلى التدليس ، ولما أن يكون من السهل عليه أن يقينه غلط المشتري وقد يكون فى الظروف فى هذه الحالة ما يجيز اعتباره مقسراً وإلزامه بالتعويض بسبب هذا التصير » . ووافق مجلس الشيوخ =

وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركاً ، وفاجأ المتعاقد الذى وقع فى الغلط المتعاقد الآخر بدعوى الغلط ، ولزم أن ينطل العقد ، فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له فى ذلك ، والخطيئ هو المتعاقد الأول الذى أهمل فى كشف نيته ولم يحمل المتعاقد الآخر يبين أو يستطيع أن يبين ما شاب إرادته من غلط . فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض فى هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً^(١) . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر لا علم له بالغلط وليس من السهل عليه أن يبينه . أما إذا كان عالماً بالغلط وأنه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له فى الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون سيئ النية . وإذا لم يكن عالماً بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يبينه وأن يبين أنه هو الدافع إلى التعاقد ، فلا حق له كذلك فى الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً^(٢) . ويخلص لنا من

== على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٤٠ — من ١٥٤) .

ويقابل النص فى التفتينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢١ (مطابق) — اللي م ١٢٠ (مطابق) — العراق م ١١٩ (موافق) — اللبناني م ٢٠٧ (مغارب) .

(١) بقاء العقد صحيحاً هو كما قررنا على سبيل التعويض [وهو تعويض عيني : أنظر دى باج ج ١ بند ٢٢ وديوج ج ١ من ٢٥٨] . إذ أن العقد هنا لم يتم على إرادة المتعاقدين الحقيقية ، لأن لإرادة أحدهما غير صحيحة وهو يتمسك بإبطال العقد . بل ظم العقد على أساس اعتبارات عملية ترجع لوجوب استقرار المعاملات . وقد سبق أن أشرنا إلى أمثلة أخرى من هذا النوع ، منها العقد الذى تختلف فيه الإرادة الفاضلة عن الإرادة الباطنة ، ومنها العقد الذى لا يقترن فيه القبول بالإيجاب إلا حكماً ، فلا يقوم العقد فى كل هذه الأحوال على توافق الإرادتين ، بل على الثقة للمبروعة .

وواضح فى كل ما قدمناه أن المقصود بالإرادة الإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولو اعتمدنا بالإرادة الظاهرة لنظام العقد على توافق الإرادتين . ومن ثم يصح القول بأن القانون الجديد قد أخذ فى الحالات المنقصة الذكر بالإرادة الفاضلة دون الإرادة الباطنة ، تحقيقاً لاستقرار المعامل . [انظر رسالة الدكتور أكرم الحولى : التعويض العيني فى القانون الفرنسى والقانون المصرى — رسالة من باريس ١٩٥٤ — من مطبوعات جامعة القاهرة (باللغة الفرنسية) ١٩٥٧ من ١٩٣ بند ١٩٥ وما بعده] .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الخطأ الفردي كاف لإبطال العقد حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر ما دام أنه كان يستطيع أن يعلم به . فقد اصطاح سنديك تاجر مفلس على دين للفلس فى ذمة إحدى الشركات ، وكان السنديك يجهل أن هذا الدين مضمون برهن ، ولو علم بذلك لما رضى بهذا الصلح . وثبت من جهة أخرى أن الشركة التى اصطلحت مع السنديك ، ولو أنها كانت لا تعلم بجهل السنديك بوجود الرهن ، إلا أنها كانت تستطيع أن تعلم ذلك من ظروف تعاملها مع هذا السنديك . فأجلت المحكمة العقد للخطأ (٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٥٠) .

كل ذلك أن النلط الجوهري لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً ، أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه .

فإذا تحددت نظرية النلط على هذا النحو فإنها لا تتناقى مع استقرار التعامل ، ذلك لأن المتعاقدين الذى وقع فى النلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلاً للزعم بأنه فوجئ به بطلب إبطال العقد . فقد ثبت^(١) أن هذا المتعاقد الآخر كان مشتركاً فى النلط ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو فى الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد ، وهو فى الثانية سيء النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو فى الثالثة مقصر وتمويض التقصير بالإبطال^(٢) .

(١) والذى يدعى الوقوع فى النلط هو الذى ينهض بسبب الإثبات . وثبت وقوعه فى النلط واتصاله المتعاقد الآخر بذلك بجميع طرق الإثبات ، لأنه يثبت وقائع مادية . وبما يجعل هذا الإثبات عسيراً أن يكون النلط الذى وقع فيه غلطاً لا يعذر من أجله ، فإن مثل هذا النلط يبعد أن يكون المتعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . ومن هنا وجد معيار آخر هو النلط المتعذر (erreur excusable) والغلط غير المتعذر (erreur inexcusable) . فالغلط المتعذر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يسهل عليه أن يتبينه . أما الغلط غير المتعذر فيفرض فيه أن المتعاقد الآخر لم يكن من السهل عليه أن يتبينه إذ لا يتصور أن يتم أحد فيه . ويجوز إذن القول بأن النلط إذا كان غير متعذر كان هذا قرينة قضائية على جهل المتعاقد الآخر به وعلى أنه لم يكن من السهل عليه أن يتبينه .

(٢) هذا وقد رأينا أن المادة ١٦٧ من المشروع التمهيدى كانت تنص على حالة رابسة أغفلها المشروع التامى لأنها تندرج فى الحالات الأخرى ، وهى حالة ما إذا كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جبر المتعاقد الأول بموقعه إلى الوقوع فى النلط . [أنظر المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى سنة ١٩٣٤] .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « كان من واجب المشرع أن يقصم برأى معين فى مسألة الفاضلة بين اشتراط النلط المشترك ، وهو مما يقوم بهن الماقد من مآ ، والاجترار بالنلط الفردي وقد اكتفى المشروع بالنلط الفردي بوجه عام . بيد أنه اشترط لترتيب حكم النلط عدم اشتراك طرف فى التعاقد فيه ، أن يكون أحدهما قد جبر الآخر إليه بموقعه ، أو أن يكون غلطاً بوقوعه ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . ويلاحظ أن المتعاقد الآخر فى هذه الفروض الثلاثة ينسب إليه أمر يرتب مسئوليته ، وهذا ما يبرر طلب الطللان . أما إذا بقي بمزلة عن ظروف الغلط ، بأن وقع موقعاً لا يجبر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به أو يتبينه ، فلا يجوز التسليم بطلان العقد إلا إذا سلم بوجود تمويض هذا المتعاقد ، عملاً بنظرية الخطأ فى تكوين العقد ، وهذا هو ما اتبته التقنين الألمانى .. أما المشروع فقد ذهب إلى ما هو أيسر من ذلك ، فبدلاً من أن يجول من وقع فى النلط حتى التمسك بالطللان ، ثم يلزمه فى ذات الوقت تمويض ما يصيب الماقد الآخر من خسارة ، جعل للعقد حكم الصحة وهياً بذلك أجدى تمويض لهذا الماقد . وليس هذا إلا تطبيقاً تمريضاً خاصاً لنظرية الخطأ فى تكوين العقد .. هذا وينبغى التنويه بأمرين : (أولهما) أن النلط الذى =

وغنى عن البيان أننا إذا اشتراطنا أن يكون التعاقد الآخر متصلاً بالغلط على النحو المتقدم ، فإن ذلك يعنى أن يكون على يفة أيضاً من أن هذا الغلط الجوهرى هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول^(١) .

== يرر لإبطال العقد ، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان ، أو يتسبب فيه أحدهما ، أو يعلم به ، أو يكون في مقدوره أن يعلم به ، قد يلقب اصطلاحاً « بالغلط المنفر » . ويصبح الغلط « غير منفر » ، ولا يؤدي بذلك إلى إبطال العقد ، إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه التعاقد الآخر ، أو يجبره إليه ، أو يعلم به ، أو يستطيع العلم به . (والثاني) أنه لا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط لحسب ، بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعاً إلى إبرام العقد » (مجموعة الأعمال الضمنية ٢ ص ٢٤٣ — ص ١٤٤) .

هنا ويلاحظ أن القانون الجديد باسـتـراطـمه اتصال التعاقد الآخر بالغلط ، وباتخاذ قرائن موضوعية لإثبات الغلط في ذاته ، قد تخفف من الزعة النسبية المفرقة التي تميز نظرية الغلط في المدرسة اللاتينية . وقد يرى بعض أنصار هذه المدرسة في هذا ابتعاداً عن التقاليد اللاتينية ، ولكنه ابتعاد تبرره الرغبة في استقرار التعامل ، وهو على كل حال ليس ابتعاداً عن تقاليد الفقه والقضاء في مصر . والصلة ظاهرة بين القرائن الموضوعية التي تثبت الغلط وبين اتصال التعاقد الآخر بالغلط ، فإن هذه القرائن الموضوعية كثيراً ما تثبت الغلط وتثبت اتصال التعاقد الآخر به في وقت واحد .

[وانظر ميدان ج ٨ بند ١١٨ ص ٨٠ — ٨١ حيث يفرق بين أحوال ثلاث (١) حالة اشتراك المتعاقدين في نفس الغلط وهنا لا شك في قابلية العقد للإبطال ، (٢) وقوع أحد المتعاقدين في غلط مع سوء نية التعاقد الآخر ووقع الإبطال هنا أيضاً (٣) وقوع أحد المتعاقدين في غلط مع حسن نية التعاقد الآخر ، لجهله بنوايا التعاقد الواقع في الغلط ولأنه لم يكن في وسعه أن يتبينها ، وفي هذه الحالة يبطل العقد ولكن التعاقد الحسن النية يوضع إذا أصابه ضرر من البطلان لأن التعاقد الذي وقع في الغلط هو المقصر ووقوعه في الغلط يعد خطأً موجباً لمسؤوليته . هنا وقد رأينا أن الفقه يعيل إلى القول بأن إقالة العقد هي خير تمويض في هذه الحالة] .

(١) أظن في هذا المعنى الدكتور حلى بهجت بدوى ص ١٩٠ . هذا ، وحتى يتيسر للتعاقد الذي وقع في الغلط أن يثبت ما يجب عليه إثباته ، يلجأ في أكثر الأحيان إلى أن يبين في العقد صراحة ما ظم في ذهنه من الاعتبارات التي دفعته إلى التعاقد ، كمن يذكر الوصف الذي اعتبره في الشيء أو في الشخص أو الباعث الذي حله على أن يتعاقداً أو القيمة التي يقدرها الشيء ، حتى يثبت بذلك علم التعاقد الآخر بالذوايم التي ساقته إلى التعاقد ، فإذا تبين بعد ذلك أنه كان وإحاطة بقدره ثبت في الوقت ذاته أن التعاقد الآخر كان عالماً بما وقع فيه من الغلط . والنضاء القرئى يلجأ في كثير من أحوال الغلط إلى الاستناد إلى أن الشيء الذي وقع فيه الغلط كان علل بيان في العقد .

ومن القانون الجديد واضح في أن المطلوب لإثباته هو أن يكون التعاقد الآخر واقعاً في ذات الغلط الجوهرى الذي وقع فيه التعاقد الأول ، أو أن يكون على علم بهذا الغلط الجوهرى أى على علم بأن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبين أن هذا الغلط الجوهرى هو الذي ساق إلى إبرام العقد . وهذا معناه أن الغلط الجوهرى يجب أن يقع في دائرة التصايد (dans le champ contractuel) . وكان من الممكن أن يقف القانون عند هذا السابط الأخير (أظن الدكتور حلى ==

ويبين مما قدمناه أنه لا تبقى إلا حالة واحدة لا يكفي فيها الناطق الفردى لإبطال العقد ،
هى ألا يتمكن المتعاقد الذى وقع فى الناطق من إثبات أن المتعاقد الآخر كان مشتركاً فى
هذا الناطق أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يقيته^(١) .

== بهجت بدوى س ١٩٠) لولا أن الحالات الثلاث التى فصلها النص يحسن تمييز كل حالة منها عن الأخرى
لأهمية ذلك من الناحيتين العملية والقانونية .

أما الناحية العملية فأمرها ظاهر ، إذ التفصيل يرسم فى ذهن صورة عملية من هذا الضابط . فلو اقتصر
القانون على أن يذكر أن الناطق الجوهري يجب أن يقع فى دائرة التعاقد لاحتاج النص إلى بيان وتفسير ،
ولا يتم التفسير إلا بتفصيل هذه الحالات الثلاث ، ولما لب النص فوق ذلك أن تكون صيغته أدنى إلى الفقه
النظري منها إلى التفسير العملي .

وأما الناحية القانونية فتستلزم تفصيل الحالات الثلاث لأن أحكامها ليست واحدة . فالحالة الأولى ،
وهى حالة الناطق المشترك ، لا محل فيها للتعويض على المتعاقد الذى وقع فى الناطق ، وبحسبه أن يبطل العقد ،
ما دام المتعاقد الآخر كان مثله واقصاً فى الناطق أى كان حسن النية . أما الحالتان الأخريان — وهما حالة
علم المتعاقد الآخر بالناطق وحالة سهولة تبينه للناطق — فقد يكون فيها محل للتعويض عن الضرر الذى أصابه
من جراء سوء نية المتعاقد الآخر فى حالة علمه بالناطق ، أو من جراء تقصيره فى حالة ما إذا كان من السهل
عليه أن يبين الناطق . (أنظر بلانويول وريبير وإسمان ١ نفرة ١٨٩) ، والتعويض أقرب مثلاً فى الحالة
الثانية منه فى الحالة الثالثة .

(١) ومن ذلك يبين أن محكمة استئناف مصر كان فى استطاعتها أن تلجأ إلى هذا المبدأ لتحرير حكم
أصدرته على الوجه الآتى : « إذا باع شخص عقاراً لتسديد دين مورثه ، وظهر له بعد ذلك أنه ليس مديناً
فلا يجوز له أن يرفع دعوى بطلان البيع للناطق لأنه كان يجهل براءة مورثه من الدين ، وذلك لأن الناطق
فى هذه الحالة يكون فى الباعث له على التعاقد لا فى سببه . والناطق فى الباعث لا أثر له فى صحة العقد أخذاً
بالتظيرية التقليدية للناطق الذى يجب الإرادة . أما إذا أخذ بما استحدثه الفقه والقضاء من أن الناطق المؤثر
فى صحة العقد هو الحاصل فى النافع الرئيسى إلى التعاقد ، ومن ثم لا يعود هناك محل للفرقة بين السبب
والباعث ، فإنه إذا تبين من ظروف الأحوال أن الفائت قد خاضع هذا الوارث بعد وفاة المورث من أجل
هذا الدين ، وأنه أخذ فى تسديده فلا ، وأنه فى سبيل هذا التسديد باع عقاره أخيراً ليسدد ما اعتقد أنه
باق من الدين فى ذمته ، دون أن يحى بتحقيق هذه المسألة وعلمية الدائن ، وكأنه قبل التعاقد وهو فى
دخيلة نفسه يحصل تبة ما ينجل عنه الواقع ، فى هذه الصورة لا يعتبر العقد باطلاً للناطق إذا أخلف الواقع
ظنه ، لأن النافع لم يخالف لإرادته الفعلية بل هو خيب مجرد الأمل الذى يجول فى خاطره دون أن يرقى إلى
متعلقة الإرادة » (٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاملة ٢٩ رقم ١٠٤ ض ١٥٠) . ولو أن المحكمة قالت
لأن المشتري من الوارث لم يشترك فى هذا الناطق النافع ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يبينه لوصلت
إلى عين النتيجة عن طريق قانونى سليم .

أما محكمة الاستئناف المختلة فكانت أكثر توفيقاً فى إبراز للمنى الصحيح حين قالت : « لا يجوز للقضاء ==

١٧٧ — تطبيق الفلظ الذى يتصل به المتعاقب الآخر على أحوال الفلظ المختلفة :

ويمحسن أن نطبق نظرية الفلظ الذى يتصل به المتعاقب على أحوال الفلظ المختلفة — الفلظ فى الشيء والفلظ فى الشخص والفلظ فى القيمة والفلظ فى الباعث — حتى نبين أن هذه النظرية تكفل استقرار التعامل على نحو مرض .

فإذا كان الفلظ فى الشيء ، وكان فى صفة اعتبرها أحد المتعاقدين ولتكن مثلاً أن الشيء الذى اشتراه أترى ، وجب على المشتري إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشيء الذى ظنه أثرياً ليس إلا مجرد تقليد وأنه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن البائع كان يظن مثله أن الشيء أترى وأن هذه الصفة هى التى دفعت المشتري إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء غير أثري وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء أترى . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عني المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أترى . فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتاتا مع هذا الثمن ، وكلهنة التى اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار فى الأشياء الأثرية .

وإذا كان الفلظ فى الشخص ، كمن يهب لآخر شخص مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعى ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فللواهب أن يطلب إبطال الهبة للفلظ ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الفلظ الدافع أحد أمرين : إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعى له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة ، وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذى قام فى ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذى دفعه إلى التبرع .

= أن يطلعت على مجرد أن أحد المتعاقدين قد وقع فى غلط مادام المتعاقب الآخر كان حسن النية وكان يعلم هذا الفلظ ولم يكن واجباً عليه أن يتحقق من وجوده (أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧١ ، وانظر حكماً آخر من محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦) .

وإذا كان الغلط في القيمة . كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط ، ولكن عليه أن يثبت أن المشتري كان يحمل مثله أن السهم قد ربح الجائزة ، أو أن هذا المشتري مع علمه بربح الجائزة كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بحمل البائع لذلك . ولا شك في أن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن المشتري كان إما مشتركاً في الغلط ، وإما عالماً به ، وإما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط في البائع ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يستقد أنه في مرض الموت ثم شفى ، كان للبائع في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشتري كان يستقد هو أيضاً أن البائع في مرض الموت ، أو أن المشتري يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يستقد أنه في مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذي دفع المريض إلى البيع . وقد تقوم ثقافة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

ويتضح من التطبيقات المتقدمة أن القول بالغلط الفردي لا يصطدم مع استقرار التعامل متى روعيت قواعد الإثبات التي بينهاها .

١٧٨ — التمسك بالغلط على وجه يتعارضه مع حسن النية : وقد اشتمل التقنين الجديد على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتي في الغلط . فحقت المادة ١٢٤ منه بما يأتي : « ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢٠ — ويبقى بالأخص ملزماً بالمقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا المقد » ^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في المادة ١٧١ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ١٧٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وقررت أغلبية لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبقاء النص دون تعديل ، وأصبح رقم المادة ١٢٤ =

ويتبين من هذا النص أن أى تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز . فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أن لها منفذاً إلى الطريق العام ، ثم يتضح أنها محصورة ، فيعرض عليه البائع النفقات التى يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التى قصد إليها ، فيأبى إلا إبطال البيع ، جاز أن يكون التمسك بالغلط فى هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضى به حسن النية ، فلا يجاب المشتري إلى طلبه . ويمكن اعتبار هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التمسك فى استعمال الحق .

وقد أورد الشق الثانى من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات هذا المبدأ . فقضى بأن التعاقد الذى وقع فى الغلط يبقى لازماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية . وكان يحل أن هذا السهم قدر ربح جائزة كبيرة ، يبقى مع ذلك لازماً بالبيع إذا نزل له المشتري عن هذه الجائزة . وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد ، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصى العقد ، وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أئمرى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأئمرى الذى قصد شراؤه^(١) .

ويتبين من مناقشات هذه اللجنة أن النص يعتبر تطبيقاً لنظرية التمسك فى استعمال الحق . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ١٦٦ م — ١٧٠) . وانظر المادة ٢٥ من قانون الالتزامات والسببى والمادة ٣٨ من قانون الالتزامات البولونى ، وأظهر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ٢٢٤ . [وأظهر : دى باج ١٠ فى ٤٧] . ويقابل النص فى القوانين المدنية العربية : السورى م ١٢٥ (مطابق) — الليبى م ١٢٤ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبناني لا مقابل .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى صدد المادة ١٢٤ ما يأتى : « أبيع لمن وقع فى الغلط أن يطلب بطلان العقد لأنه ما كان ليتناقد لو أنه تبين وجه الأمور وفقدتها تقديراً مقولاً . تلك هى علة حق التمسك بالبطلان ، ومى بناتها مرجع حدوده . ففى كان من المحقق أن القاعد قد أراد أن يبرم عقداً ، فمن الواجب أن يلتزم بهذا العقد ، بصرف النظر عن الغلط ، ما دام أن القاعد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه . وعلى ذلك يظل من يشتري شيئاً ، معتقداً خطأ أن له قيمة أثرية ، مرتبطاً بعقد البيع ، إذا عرض البائى استعداده لأن يسلمه نفس الشيء الذى انصرفت نيته إلى شرائه . ويقارب هذا الوضع ما يتبع فى تحويل العقود كما سيأتى بيان ذلك » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ١٦٧) . وسنرى عند الكلام فى تحويل العقد إلى أى حد يتقارب الرضمان المشار إليهما فى المذكرة الإيضاحية وإلى أى حد يختلفان .

§ ٢ — التديليس (*)

(Le dol)

١٧٩ — **عقوبة التريليس بالغلط** : التديليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالملاقة إذن وثيقة ما بين التديليس والغلط . والتديليس لا يحمل العقْد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذى يولده فى نفس المتعاقد^(١) .

والتديليس بهذا التحديد يختلف عن النش (fraude) . لأن التديليس إنما يكون فى أثناء تكوين العقد ، أما النش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد . كذلك يختلف التديليس المدنى (dol civil) عن التديليس الجنائى (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتيالية فى النصب عنصر مستقل قائم بذاته . وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستعملة فى التديليس المدنى كما سنرى^(٢) .

(*) بعض المراجع : مقال بلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٥٤٥ — سالى فى إعلان الإرادة ص ٥٠ وما بعدها — ديموج ١ فقرة ٣٣٨ وما بعدها — بلانيول وريير وإسمان ١ فقرة ١٩٩ وما بعدها — رسالة دريفيس (Dreyfus) فى التديليس المدنى والجنائى باريس سنة ١٩٠٧ — رسالة الدكتور ريحى تاج الدين فى التديليس وفى التصوير غير الصحيح ليون سنة ١٩٢٦ — رسالة جلى (Gay) فى التأثير غير المصرّوح فى القوانين الأنجلوسكسونية ديجون سنة ١٩٢٧ — رسالة جورف (Gorphe) فى مبدأ حسن النية باريس سنة ١٩٢٨ — أجاستاين (Agatstein) فى التديليس والنش من ناقص الأهلية باريس سنة ١٩٢٧ — كوهين (Cohn) فى الكتمان الخاطىء باريس سنة ١٩٢٩ — رسالة بيران (Perrin) فى التديليس فى تكوين الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٣١ — برجيه فاشون (Berger-Vachon) فى تديليس ناقص الأهلية فى تكوين العقود وفى تنفيذها المجلة الانتقادية سنة ١٩٣١ ص ٤٦٧ — رسالة فوان (Voulin) فى حسن النية بوردو سنة ١٩٣٩ — [دى باج ١ ج ١ بند ٢٨ ص ٥٧ وملحق ١ ج ١ ص ٣٣ — ميدان ج ٨ بند ١٣٣ ض ٩٣] — والتون ١ ص ٣٠٧ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٧٥ وما بعدها — حلى بهجت بدوى فقرة ١٢٥ وما بعدها — أحمد حشمت أبوسيتيت فقرة ١٧٠ وما بعدها .

(١) [أنظر فى هذا المعنى : ميدان ج ٨ بند ١٢٤ ص ٩٨ — ودى باج ١ ج ١ بند ٤٩ ص ٥٨] .

(٢) أنظر فى التمييز بين التديليس المدنى والتديليس الجنائى حكم محكمة الاستئناف المختلطة ٨ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٢ . [ومقال بلانيول فى المجلة الانتقادية ١٨٩٣ ص ٦٥٠] .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قلنا ، فنبداً بتحديد عناصر التدليس ثم نبين أن نظرية الغلط تنفي عن نظرية التدليس .

١ — عناصر التدليس

١٨٠ — مصرعه : تنص المادة ١٢٥ من التقنين الجديد على أنه « ١ — يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ٢ — ويستبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة »^(١) . وهذه المادة تقابل المادتين ١٣٦/١٩٦ من التقنين القديم اللتين جرتا على الوجه الآتي : « التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الخيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى » . ولا فرق ما بين القانونين الجديد والقديم إلا في ناحية الصياغة والأسلوب وفي النص صراحة في القانون الجديد على التدليس السليبي .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ — يكون التدليس سبباً في بطلان العقد إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو شخص ينوب عنه ، أو أجنبي اشترك معه في هذه الخيل ، من الجسامة بحيث لولاها لم يبرم الطرف الثاني العقد . ٢ — ويستبر سكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة أو ملابسة يجلبها المتعاقد الآخر سكوتاً تدليساً إذا ثبت أن العقد ما كان ليم لو علم هذا المتعاقد بهذه الواقعة أو تلك الملابسة » . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف عبارة « أو أجنبي اشترك معه فيه » من الفقرة الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة التالية ، وتقررت إعادة صياغة المادة بفقرتها بحيث أصبحت مطابقة لنص القانون الجديد . وأصبح رقم المادة ١٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة بعد استبدال عبارة « لا أبرم » في الفقرة الأولى بعبارة « لم يبرم » ووافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٢٥ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ١٧١ — ص ١٨٤) . وانظر المادة ٢٤٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، والمادتين ٥٢/٥٦ من التقنين التونسي والمراكشي ، والمادة ٢٤٦ من التقنين البرازيلي .

ويقابل النص في التقنينات البدية المرية الأخرى : السوري م ٢٦٦ (مطابق) ^{البيروت ١٩٢٦} (مطابق) — العراق م ١٢١ وم ١٢٣ (موافق) — اللبناني م ٢٠٨ (موافق) .

وتنص المادة ١٣٦ من التقنين الجديد على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس »^(١). وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم ، وقد حسم إشكالا كان قائماً منفصلاً فيما بعد .

ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين^(٢) : ١ — استعمال طرق احتيالية وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢ — تحمل على المتعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي . وهذان العنصران كافيان ، ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان التدليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير^(٣) .

(١) أنظر المادة ٢٠٩ من قانون الالتزامات الجنائي . وانظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة ١٨٤) .
(٢) والذي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للتدليس هو الذي يحمل عبء إبطال هذا التدليس بضميره . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، بما في ذلك البينة والقرائن ، حتى لو كان العقد المطعون فيه بالتدليس مكتوباً لأن التدليس واقعة مادية (استئناف مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩ — محكمة بنى سوف الجزئية في ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٧٧) . [وانظر دي باج ج ١ ص ٦٣ بند ٥٣ وهو يذكر أن التدليس واقعة سابقة على العقد (فضلاً عن كونه واقعة مادية) — ويدان ج ٨ بند ١٤٥ ص ٩٩ وهامش (١) بها حيث يشير إلى أنه حتى لو كان العقد رسمياً فإن إثبات التدليس لا يحتاج إلى سلوك طريق الطعن بالزور] .

ووقوع التدليس مسألة موضوعية ، لقاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع التدليس مسألة قانونية تخضع لمراقبة محكمة النقض ، وذلك كالتب في إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفي للتدليس ، وفي إذا كان التدليس الصادر من الغير يؤثر في صحة العقد (نقض مدني في ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١٤ — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٧ ص ١٠٤٩) . [وانظر بيدان ج ٨ بند ١٣٥] .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادتين ١٢٥ و ١٢٦ ما يأتي :
« يشترط في التدليس إذا صدر من أحد المتعاقدين ، سواء أصدر من المتعاقد نفسه أم من نائبه أم من شريك له ، أن يتطوى على حيل . بيد أن هذه الحيل تختلف عن سيمها في النصب الجنائي ، إذ يكفي فيها مجرد الامتناع من جانب العاقد ؛ كسكوته عمداً عن واقعة جوهرية يجعلها العاقد الآخر . والواقع أنه ليس ثمة تطابق بين تعريف التدليس المدني والتدليس الجنائي . ومهما يكن من أمر ، فليس ينبغي أن يعتد في تقدير التدليس بما يترسل فيه المتعاقد من آراء بشأن ما للتعاقد من مزايا أو عيوب ، متى كانت هذه الآراء من قبيل الاعتبارات العامة المجردة عن الضبط والتخصيص (أنظر المادة ٦٦٧ من التقنين الألماني) . »

١٨١ — استعمال طرق احتمالية : الطرق الاحتمالية تنطوي على جانبين : جانب ماضى هو الطرق للمادية التى تستعمل للتأثير فى إرادة الغير ، وجانب معنوى هو نية التفضيل للوصول إلى غرض غير مشروع ^(١) .

فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب ، بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد ، ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد ^(٢) ، فالمعيار هنا ذاتى . والأمثلة كثيرة : فهناك شركات وجمعيات تتخذ لها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس فى أمرها . وهناك أفراد يظهرون بمظهر اليسار والسعة أو يتخذون لأنفسهم صفات منتحلة . وهناك من يخفى المستندات ، ومن يصطنعها ، ومن يزور فيها ، حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذى يريد ^(٣) . ولا يكفى مجرد المبالغة فى القول ولو وصلت المبالغة إلى حد

— ويشترط كذلك أن تكون الحيل التى تقدمت الإشارة إليها قد دفعت من ضل بها إلى التعاقد . ومناط التقدير فى هذا العدد نفسى أو ذاتى ، كما فى الحال بالنسبة لعيوب الرضاء جمعاً « . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٢) .

(١) [انظر نفس مدنى ١٩/٤/١٩٥١ — مجموعة أحكام النفس ٢ رقم ١١٤ ص ٧١٥ : النفس المفسد للرضا يجب أن يكون وليد إجراءات احتمالية أو وسائل من شأنها التفرير بالعقد بحيث يشوب إرادته ولا يجعله قادراً على الحكم على الأمور حكماً سليماً] .

(٢) [أظن دى باج ج ١ بند ٥٠ ص ٥٩ ودموج ج ١ بند ٣٦١ ويذكر دى باج أنه يجب مراعاة عدم خبّة التعاقد المخدوع أو جهله إلا أنه لا يجوز الخلالة فى ذلك إلى حد حمايته حتى لو كان جهله لا ينظر بل ينبغى أن تلتزم فى ذلك حداً أدنى من اليقظة ويقرر ديموج فى ذلك أن المعيار هنا وسط بين الغاية والموضوعية] .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الجمعية التى تتخذ لها مظاهر من الإعلان توم أن أعضائها مسئولون شخصياً عن التزاماتها ترتكب تدليساً يعطل التعاقد الذى يتم بينها وبين الغير (٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٣) . ويكون بإطلائ التذليل عقد التأمين الذى يتقدم فيه شخص آخر غير المؤمن له للكشف الطبي (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وإذا أظهر الدائن ما من شأنه إيهام الكفيل بقيام المدين بسهواته فبعد الكفيل كفايته تحت تأثير هذا الإيهام ، فالتعديد قابل للإبطال (محكمة الاستئناف الوطنية فى ٣٠ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٧٥ — أظن حكماً آخر لهذه المحكمة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ الملماة ٣ ص ٢٢) وانظر نظرية العقد للمؤلف ص ٣٩٣ حاشية رقم ١ .

الكذب مادام أن ذلك مألوف في التعامل ، كالتاجر يروج لبضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف^(١).

على أنه لا يشترط في التدليس للذنى أن تكون الطرق الاحتيالية مستقلة عن الكذب ، قائمة بذاتها . كما يشترط ذلك في النصب الجنائى . ففي بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقاً احتيالياً للتدليس^(٢) . فالهم إذن في الطرق الاحتيالية ليس أنها طرق مستقلة تقوم بذاتها لتسند الكذب ، بل أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق فحمله على التعاقد تضليلاً ، واختار الطريق الذى يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتنبص له حبال معقدة ، ومنهم من يسهل غشه فيكتفى في التدليس عليه بمجرد الكذب^(٣) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ — وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ . [وانظر دى باج = بند ٥٠ ص ٥٨ — ٥٩ — ويبدان ج ٨ ص ٩٥ هامش ١] .

(٢) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التأكيدات غير الصحيحة التى تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذى يحمله على قبول التعاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلاً للابطال متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضاء (٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٨١) . وقضت محكمة أسبوط الكلية بأن الكذب للتحايل للحصول على عمل بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخدماته السابقة من شأنه أن يؤثر التأثير الكافى فى رضاء من تم التعاقد معه على العمل ، وبذلك يكون العقد قابلاً للابطال (٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٥٥) . [وانظر دى باج بند ٥٠ ص ٥٨] .

(٣) على أن الأصل هو أن مجرد الكذب لا يكفي للتدليس ما لم يبين بوضوح أن التعاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب ، فإذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس (محكمة الاستئناف المختلطة في ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٣ — وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٨٤ — وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ — محكمة النيابة الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٥ ص ٢٣٧) . ويلاحظ أنه كثيراً ما يعتبر إعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين تدليلاً يطل العقد ، كما إذا ذكر المؤمن له وهو بحار أنه مزارع فيخفى بذلك عن الشركة الأخطار التى تتجم عن مهنته (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦) ، وكما إذا ذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٧ ص ٣٢٥) . وتعتبر المبالغة عن سوء نية في قيمة الشيء المؤمن عليه ، أو في مقدار ==

بل قد يكون التدليس عملاً سلبياً محضاً . فيكفي مجرد السكتان (réticence) طريقاً احتيالياً . والأصل أن السكتان لا يكون تدليساً ، إلا أن هناك أحوالاً يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان ، فيلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفشاء به ، وبعد تدليساً منه أن يكتمه . وتارة يكون الالتزام بالإفشاء مصدره نص في القانون^(١) . وطوراً يكون مصدره الاتفاق الصريح . ولكن في كثير من الأحيان يكون المصدر هو هذه القاعدة القانونية العامة التي تقضى بعدم جواز النش^(٢) ، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمراً هاماً يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة ، ويدرك أحد المتعاقدين خطره ، ويعرف أن المتعاقد الآخر يجهل ، ومع ذلك يكتمه عنه ، فيحمله بذلك على التعاقد^(٣) . وهذا ما نصت

= الضرر الحاصل ، تدليساً (عمكة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٩ — وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ٧٩ — وفي ٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٣ — وفي ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٧٩) . أما المبالغة عن حسن نية فلا تكون تدليساً بشرط ألا يصر عليها المؤمن له بعد أن يتبين الحقيقة . كذلك إذا أخفى المؤمن له نفسه وذكر اسم شخص آخر ، فإن هذا البيان الكاذب يعتبر تدليساً (عمكة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٩ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٤) .

(١) أنظر مثلاً المادة ٧٦٤ من القانون المدني الجديد في التأمين على الحياة .
(٢) [أنظر دى باج ج ١ بند ٥٠ ص ٥٨ وهامش (٤) و (٥) بها — وهو يذكر أن الالتزام بالمصارحة قد ينشأ عن القانون أو عن الظروف . ويذكر ييدان (ج ٨ بند ١٣٨) أنه قد يرجع إلى طبيعة العقد — وأنظر في ذلك أيضاً : ديموج ج ١ بند ٣٥٨ — ونقض فرنسي ٢٣ مايو ١٩٣٣ — دالوز ١٩٣٣-١-١٤٣] .

(٣) مثل ذلك أن يسطح وارث مع مدين للتركة ، ويكتفي الوارث بأخذ جزء من الدين وهو يجهل أن هناك تأميناً يضمن الدين كله ، ويعلم المدين جهل الوارث بذلك فيكتفم عنه أمر الضمان حتى يحمله على هذا الصلح ، وكأن يبيع شخص لآخر منزلاً ويكتفم عنه أن هذا المنزل قد شرع في تزج ملكيته للنفقة العامة ، وقضت عمكة الاستئناف المختلطة بأن بائع العقار إذا كتم عن المشتري أن هذا العقار مستحق كلاً أو جزئياً وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما ينقل العقار من الحقوق ، كان هذا تدليساً (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧) . ولكن مجرد علم البائع أن دعوى استحقاق قد رفعت ضده ، فلا يغير المشتري بذلك دون أن تكون عنده نية التدليس ، بل وهو صحيح الاعتقاد بملكيته وملكته من باع له لا يعد تدليساً ، وبهذا قضت محكمة النقض وقالت في أسباب حكمها ما يأتي : « وحيث إنه حتى إذا أخذ في مثل صورة الدعوى بالتدليس السلي ، واعتبر المدعي عالماً بدعوى الاستحقاق ، واستنتج علمه من وصول إعلان الدعوى المختلطة إليه في جنبه وقبل تحرير العقد الابتدائي فإن ما جاء على لسان البائس من أن المبيع =

عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ إذ قضت بأن « يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملاصة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاصة ». ومن ذلك نرى أن السكتان يكون تدليساً إذا توافرت الشروط الآتية في الأمر الذي يقي مكتوماً : (١) أن يكون هذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر في إرادة المتعاقد

== خال من جميع الرهون والمحكروالمحقوق العينية أيأ كانت... وما جاء به من أنه مكلف بتقديم مستندات التمليك قبل العقد النهائي ومن قيام هذا البائع بتسليم عقد البيع الرسمي الصادر له من البائعين وكشوف خلو العين المبيعة من التصرفات على ما سبق تفصيله بصدر هذا الحكم — ما جاء من ذلك يدل على أن البائعين كان صحيح الاعتقاد بملكيتهم وملكية من باع له ، وأنه ليس في حاجة إلى أن يخدع المشتري بكتبان دعوى الاستحقاق أمام المحكمة المختلطة لأن الملك على كل حال هو صفاته وضمائم بائعيه ، فإذا استحق عليه أو على المشتري منه كان لها عند ذلك أن ترفع دعوى الضمان فسخاً للبيع وإلزاماً له بالتضمينات » (قس مدني في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على التأمين عن البضائع الموجودة بمحلته من السرقة ، وقرر كذباً في إجابته عن الأسئلة المدونة في طلب التأمين أنه يقيم مشترياته ومبيعاته في سجل خاص وأنه يحتفظ بقائمة جرد بضاعته ، وكان منصوباً في وثيقة التأمين على بطلان عقد التأمين إذا كانت ما قرره طالب التأمين غير صحيح ، ثم استخلص الحكم استخلاصاً سائفاً أن البيانات المشار إليها هي بيانات جوهرية ذات أثر في تكوين التعاقد ، ورتب على عدم صحتها سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين إعمالاً لنس العقد ، فإنه لا يكون أخطأ في تطبيق القانون . ولا يغير من ذلك أن البيان الكاذب لم يكن له دخل في وقوع الحظر الذي حصل من أجله التأمين (قس مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦) — ملاحظة : تنص المادة ٧٥٠ من القانون المدني الجديد على بطلان كل شرط تصني يرد في وثيقة التأمين ، ويتبين أنه لم يكن تخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه) . ولكن محكمة النقض قضت من جهة أخرى بأنه إذا أطلت المحكمة التعاقد على التأمين تأسيساً على أن تقرير المؤمن له أن لديه دفتر منظم لقيده مشترياته ومبيعاته وقائمة الجرد البضاعة يراجحها بانتظام لم يكن صحيحاً ، وأن الدفتر الذي ظهر أنه يئنيه غير باع على الاطمئنان لعدم انتظامه ووجود شطب فيه ، وأن تقريره هذا كان في خصوص أمر جوهرى لتلفه يسجل هو المرجح الرئيسي لتعيين ما على شركة التأمين أن تؤدي إليه في حالة وقوع الحظر المؤمن منه ، فهذا منها قصور في تسبب حكمها ، إذ أن عدم انتظام القيد في الدفتر لا يؤدي عقالاً إلى القول بكذب التقرير بوجود دفتر ، بل كل ما يترتب عليه هو التأثير في قوة الدفتر كأداة إثبات . وإذا أن المحكمة حين اعتمدت البيان عن السجل وقائمة الجرد جوهرياً لتلفه بإثبات الضرر الذي يلحق المؤمن له من وقوع الحظر المؤمن منه وأنه يحدد فيها بين الماقدنين طريقة لإثباته ، لم تبين ذلك على اعتبارات من شأنها أن تبرره ، وخصوصاً أن عبء إثبات الضرر يقع دائماً على المؤمن له دون الشركة المؤمنة ، مما مفاده أن تعلق ذلك البيان بالإثبات ليس من شأنه أن يفيد أنه جوهرى له (قس مدني في ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٦ ص ١٧٢) .

الذى يجهله تأثيراً جوهرياً ، (٢) أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره ، (٣) أن يعتمد كتمه عن المتعاقد الأول ، (٤) ألا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر ^(١) . وأكثراً ما يكون الكتمان تدليلاً في عقود التأمين ^(٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد الكتمان لا يبلغ أن يكون تدليلاً ما لم يقترن بحيلة غير مشروعة (نقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٥٩) . وقضت محكمة استئناف أسبوط بأن مجرد الكتمان لا يكتفى باعتباره غشاً وتدليلاً ما دام الأمر الذى تصد أحد القاددين كتمه على المتعاقد معه يمكن لهذا أن يعرفه من طريق آخر (استئناف أسبوط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٤٤ ص ٦٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر تدليلاً كتمان الدائن المرتهن عن مشترى العقار المرهون أن هناك رهنأ آخر على العقار لم يكشف عنه صاحب العقار المرهون (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١) : ويلاحظ أن الاتفاق الذى لا يعتبر الكتمان فيه تدليلاً فى هذه القضية هو اتفاق المشتري مع الدائن المرتهن على أن يدفع له جزءاً من الثمن سداداً لحقه فى نظير سداقته على البيع ، والكتمان لا يعتبر هنا تدليلاً لأن المشتري كان يستطيع من طريق الكشف عن العقار معرفة الرهن الثانى .

ومن جهة أخرى قضت محكمة النقض بأنه إذا أخفى شريك على شريك وهو يقسم معه أن الأثمان التى يأخذها هذا الشريك هى أطياف مرفوع بها دعوى استعطاق من جهة وقت بحيث لو علم الحقيقة وأن معظم ما اختص به يمتضى عقد القسمة يدخل فى مستندات الوقف وأن معظم ما اختص به شريكه يخرج عنها لما رضى بالقسمة ، فإن هذا لا يكتفى لاعتباره فى حكم المادة ١٣٦ مدنى (قديم) حيلة تصد رضاء من خدع بها (مستفاد من حكم محكمة النقض فى دائرتها المدنية فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ — بمجموعة أحكام النقض — السنة الأولى — رقم ١٨ ص ٦٤ — هذا وفى وقائم هذه القضية أن الشريك زاد على مجرد الكتمان أنه أخبر شريكه أن ما يختص به غير مهدد بخطل الاستعطاق) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تبين أن المشتري كان تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بدين الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاق شئ منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد ، فأثر ذلك فى نفسه ودفعه إلى التعاقد ، ولم يكن يعلم أنه أدخل عليه النقض والتدليس بأن كتم وأخفى عنه مقدار الفوائد المستحقة على العقار قبل تحرير عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والفوائد عند التصفير فى دفع الفوائد فى مواعيدها ، الأمر الذى أدى إلى حلول جميع الدين وترتب عليه نزع ملكية العقار ورسا مزاده على الدائن ، فتل هذه التصرفات فى نوع من النقض والتدليس الموجب لبطالان العقد (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٢ ص ٦٤٥ : وهنا أيضاً جاوز البائع مجرد الكتمان إلى الكذب عن طريق بيانات غير صحيحة أدلى بها للمشتري) . [وقد قضت محكمة النقض فى ١٥ مايو ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٥ ص ١٠٨٢] بأن كتمان بائع المحل التجارى بائع الحكم بطله يعتبر تدليلاً مفسداً للرضا .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن كتمان المؤمن على حياته لمرض أصابه قبل التأمين يعد تدليلاً (٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وكذلك يعد تدليلاً كتمان المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعدده أمام شهود بإحراق متجره ، لأن هذا الكتمان من شأنه أن يؤثر فى تقدير التبعة (استئناف مختلط فى ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ٧٩) .

بقى الجانب المعنوي وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع . فإذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس ، كالتاجر يبرز ما يعرضه في أحسن صورة . وهو لا يقصد التضليل بل يريد استهواء الناس^(١) . وقد توجد نية التضليل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع ، كما إذا استعمل المودع طرفاً احتيالية للحصول من المودع عنده ، وقد تبين أنه شخص غير أمين ، على إقرار بالدبمة^(٢) ، فلا يعد ذلك تدليساً .

١٨٢ — التدليس هو الرفع إلى التعاقد : ويجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد . وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى ذلك ، فيقدر مبلغ أثر التدليس فى نفس التعاقد المحذوع ليقرر ما إذا كان التدليس هو الذى دفعه إلى التعاقد ، ويسترشد فى ذلك بما تواضع عليه الناس فى تعاملهم وبحالة التعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب^(٣) .

ويميز الفقه عادة بين التدليس الدافع (dol principal) ، وهو التدليس بالتحديد الذى قدمناه ، والتدليس غير الدافع (dol incident) ، وهو تدليس لا يحيل على التعاقد وإنما يفرض قبول شروط أبهظ^(٤) ، فلا يكون سبباً فى إبطال العقد ، بل يقتصر الأمر

(١) على أن هذا لا يمنع من وقوع التعاقد الآخر فى الغلط ، وبطلان العقد لغلط لا لتدليس . ويعرف القانون الإنجليزى ما يسميه بالتصور غير الصحيح (misrepresentation) وهو قريب من حالتنا هذه إذ يظن أحد المتعاقدين للآخر معلومات غير صحيحة ولكن عن حسن نية ، فيبطل العقد لغلط لا لتدليس .

(٢) أنظر نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٧١ ص ١٢٣ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ يولية سنة ١٩١١ م ٢٣ — ٣٥١ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ — ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٣/١٥ . [وانظر بيدان ج ٨ بند ١٤٢ فى آخره حيث يذكر أن هذه مسألة واقم — أما وصف الوثائق المروضة بأنها طرق احتيالية مكونة لتدليس فهو مسألة قانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك] .

(٤) مثل ذلك أن يطلع بائع العقار المشتري على عقود لإيجار لهذا العقار ، وهى عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يوهم بها أن ربح العقار مرتفع ، فإذا حله بذلك على شراء العقار بشئ عال كان المشتري أن يطلب تعويضاً من البائع هو زيادة الثمن الذى دفعه عن الثمن الذى كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع السند بثمن مقسط إذا لم يستوف الأقساط الواجبة الدفع ، وأنكر المشتري بسخ البيع بعد أنروج السند المبيع الجائزة الكبرى ، وحل المشتري بذلك ، بعد أن أوهمه أنه يستطيع =

فيه على تمويض يسترد به الماقد المخلوع ما غرمه بسبب هذا التدليس وفقاً لقواعد المسؤولية التصورية^(١). وهذا التمييز منتهى. ذلك أن التدليس الذي يفرى على التعاقد بشروط أبهظ هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط، ولا يمكن فصل الإرادة في ذاتها

== فسبح البيع، على أن يصطاح معه على شروط باهظة ما كان يقبلها لولا هذا التدليس، يكون قد ارتكب تدليساً غير دافع، ويأتم بدفع تمويض هو الفرق بين ما قبله المشتري وما كان يقبله لو كان التعامل على غير غش (٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ س ١٣٤ — ٧٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ س ٣٦٢). وقد يحدث أن من يرض شيئاً لبيعه في المزاد يتفق مع شخص على أن يتقدم في المزاد، ويزايد عليه مزايدة وهمية، فإذا فعل ذلك وقدم عطاء أكبر، فهذا العطاء الوهمي قد يكفي لإلغاء العطاء الذي سبقه، ويكون لصاحب العطاء السابق حق طلب التمويض للتش أو التسك بصورة العطاء الأكبر. أما إذا نجحت الحيلة وتقدم شخص وزاد على العطاء الوهمي ورسا عليه المزاد، فله أن يطعن في العقد بالتدليس، ويكون التدليس هنا غير دافع يستوجب التمويض لإبطال العقد (ديموج ٢ ققرة ٦٠٨ مكررة). [ويأخذ التمويض في مثل هذه الأحوال صورة اتمام التئن. ولا يعتبر ذلك تمديلاً لشروط العقد، مما يجتمع على القاضي، إذ أنه ينطوي على معنى القاصة بين التمويض المستحق للمشتري والتئن الذي ارضاه بسبب التدليس (دى باج ج ١ ص ٦٠ هامش ١)].

(١) وقد اشتمل المشروع التهديدي على نص في هذا المعنى. فقد قضت المادة ١٧٥ من هذا المشروع بما يأتي: «التدليس الذي يجعل العقد أثقل عبئاً دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد لا يعطى الدليس عليه إلا الحق في مطالبة الدليس بالتمويض». وجاء في المذكرة الإيضاحية بصدد هذه المادة ما يأتي: «إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد، ولما اقتصر أمره على استدراجه إلى قبول شروط أشد وقرأ مما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع، فلا يعتبر عبئاً من عيوب الرضاء، بل يعتبر تقصيراً أو خطأ من جانب الدليس تقرب عليه مسؤوليته، ويعطى الحق في طلب التمويض، سواء أوقع التدليس من أحد المتعاقدين أم من أجنبي عن العقد». وقد حذف هذا النص في المشروع النهائي لأنه يقرر حكماً يمكن فيه تقرير قواعد المسؤولية (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التصورية ٢ ص ١٧٥ في الهامش).

[وانظر في التمييز ما بين التدليس الدافع وغير الدافع: دى باج ج ١ بند ٥١ ص ٥٩ — ويغان ج ٨ بند ١٢٢ ص ٩٧ — ٩٨: وهو يقرر أن التدليس يكون عرضياً إذا اتضح أنه بصرف النظر عنه فإن التعاقد كان سيرم الصفقة (حتى لو عرف الحقيقة) فلا يكون التدليس إذن هو اتقى دضه إلى التعاقد بل يقتصر أثره على إقناعه بقبول شروط أبهظ. على أن التدليس في جزئية قد يكون هو الدافع إلى التعاقد في جلته فيكون سبباً لإبطال العقد. ويرى ويغان أن البرة في ذلك بطروف كل حالة. كما يقرر دى باج أن التمييز بين التدليس الدافع وغير الدافع هو مجرد تيراس (standard) يهتدى به القضاء. (وانظر أيضاً ديموج ج ١ بند ٣٧٧ ص ٥٩٠).

ونرى من ذلك أن معيار التفرقة بين هذين النوعين من التدليس إنما يرجع إلى أثرهما لا إلى موضوعهما فقد يقع التدليس على مسألة تفصيلية ويكون مع ذلك دافعاً [.

عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها . فالتدليس هنا أيضاً يعيب الإرادة ، والمقصد المحذوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستقيه مكتفياً بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التدليس . وهو إذا اختار الإبطال بقي في دائرة العقد ، وإذا اختار التعويض انتقل إلى دائرة المسؤولية التقصيرية . وكل تدليس له هذان الوجهان ، سواء في ذلك ما سمي بالتدليس غير الدافع وما سمي بالتدليس الدافع ^(١) .

١٨٣ — التدليس صادر من المتعاقدين أو من الغير : القانون المدنى القديم :
كانت للمادتان ١٣٦/١٩٦ من التقنين المدنى القديم ، في نصهما العربى ، تقضيان كما رأينا بأن « التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الخيل المستعملة له من التعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى » . وكان هذا النص العربى يتفق مع القانون المدنى الفرنسى الذى ينص صراحة على أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقدين الآخر (١١١٦ م) . لذلك كان الفقه والقضاء فى مصر يذهبان إلى أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقدين الآخر ، تمشياً مع النص العربى المشار إليه ومع نص التقنين الفرنسى ^(٢) . وكان الفقه يملل هذا الحكم الشاذ بأن التدليس إذا صدر من الغير

(١) أنظر فى هذا المعنى بلانول وريير وبولانجيه طبعة سنة ١٩٤٩ فقرة ٢٢٨ . ومع ذلك انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٤ . ويلاحظ أن هناك وجهاً للتوفيق بين من يقول بهذا التمييز ومن لا يقول به . فى التدليس غير الدافع إذا اختار المقاد المحذوع إبطال العقد وفقاً لرأى القائلين بعدم التمييز ، جاز للعقد الآخر أن يوضه عن الضرر الذى أصابه بسبب التدليس فيمنه بذلك من إبطال العقد . ونحن نقيس فى ذلك التدليس على الغلط فى أن كلا منهما لا يجوز التمسك به على وجه يمارس مع حسن النية . ومن استقام هذا الحل اقتصر المقاد المحذوع على التعويض وفقاً لكل من الرأين (تارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ م ٦٠) .

(٢) والتون ١ م ٢٥٢ — م ٢٥٤ — الدكتور محمد صالح فى أصول التعهدات فقرة ٢٨٥ م ٢٤٢ الدكتور محمد وهيب م ١٩٥ — دى هلنس لفظ (convention) فقرة ٦٤ — هالتون ١ م ٣٢٠ م ٣٢١ — تضى زغلول م ١٣٣ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ م ٣٢١ وفى ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ م ٤١٧ — محكمة الدنيا الجزئية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٦٣٠ م ١٨٢ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٩ م ٨٤٩ .

فلا يجوز أن يكون سبباً في إبطال العقد ، إذ ليس من السهل أن يجزى التعاقد الآخر بالإبطال عن ذنب اقترفه الغير ، وللعقد الخدوع أن يرجع على الغير الذى صدر منه التدليس بتعويض عما أصابه من الضرر . وليست هذه الحجة بمقنعة . فإن التدليس ، سواء صدر من التعاقد الآخر أو صدر من الغير ، يعيب الإرادة . وما دمنا نأخذ بالمعيار الذاتى وننظر لا إلى التدليس فى ذاته بل إلى ما أحدثه من الأثر فى نفس التعاقد ، فإن الواجب عدم التفريق بين تدليس صدر من التعاقد الآخر وتدليس صدر من الغير ، لأن العقد الخدوع مضلل فى الحالتين ، وقد صدرت إرادته على غير هدى ، فلا يجوز أن يلتزم بثقل هذه الإرادة . والواقع أن هذا التمييز ليست له علة منطقية ، وهو يرجع فى الأصل لأسباب خاصة بالقانون الرومانى ^(١) . وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسى القديم القاعدة ميراثاً من التقاليد ، وانتقلت منه إلى القانون الفرنسى الحديث . وإلا فما الفرق بين الإكراه والتدليس من هذه الناحية ، والمقرر أن الإكراه يبطل العقد سواء صدر من التعاقد الآخر أو من الغير ، لأنه يعيب الإرادة فى الحالتين ^(٢) .

== وقد قضت محكمة النقض بأن التدليس الحاصل من أجنى بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء بالتدليس الحاصل من التعاقد نفسه (تقضى مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ من ٢١٤) . فلم تعد محكمة النقض بالتدليس الصادر من أجنى إلا لأنه متواطئ مع أحد المتعاقدين . وقد خالف هذا رأى فى ظل القانون القديم فقهاء قالوا بعدم التمييز ما بين تدليس صادر من أحد المتعاقدين وتدليس صادر من الغير : أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦ — فقرة ٣٩٢ — الدكتور حلى بهجت بدوى فقرة ١٢٨ — الدكتور عبد السلام ذهبى من ١٢٨ — من ١٣٠ .

(١) فقد كان « البرطور » فى القانون الرومانى يعطى الدعوى والدفع فيما يختص بالتدليس ضد الشخص الذى صدر منه التدليس . فإذا ما داخل العقد التدليس صادر من الغير لم يكن للتعاقد الذى وقع فى التدليس إلا الرجوع على هذا الغير ، ولا رجوع له على التعاقد الآخر ، فبقى العقد صحيحاً لا سبيل لى لإبطاله . وهذا بخلاف الإكراه فإنه حتى إذا وقع من الغير يمكن الاحتجاج به ضد التعاقد الآخر (جبرار طيبة سادسة من ٤٧١) . وانظر فى ذلك أيضاً دى باج ج ١ بند ٥٢ من ٦١ .

(٢) أنظر محاولة للدفاع عن هذا التمييز ما بين التدليس والإكراه وقد هذه المحاولة فى نظرية العقد للمؤلف من ٤٠٩ حاشية رقم ٥ . [وانظر دى باج بند ٥٢ من ٦٠ — ٦١ حيث يشير إلى اتجاه الفقه الحديث فيما يشبه الإجماع لى اعتبار الإرادة معية سواء أكان التدليس راجعاً لى التعاقد الآخر أو لى فعل الغير] .

ولعل ضعف الحجة في وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر هو الذي حمل القضاء والفقه في فرنسا وفي مصر على الانتقاص من هذا التمييز والعمل على هدمه بالإكثار من الاستثناء فيه^(١) فاستقر الرأي على ألا تمييز بين تدليس صادر من الغير وتدليس صادر من المتعاقد الآخر ، وأن كليهما يعيب الإرادة ، في الأحوال الآتية : (١) إذا كان التصرف القانوني الذي داخله التدليس تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) في الهبات لأن الهبة يجب أن تتمحض عن نية التبرع خالصة فإذا داخلها التدليس ولو صدر من الغير كان مبطلا لها (٣) في المعاوضات إذا صدر التدليس من نائب للمتعاقد الآخر^(٢) أو من الغير إذا كان متواطئاً مع المتعاقد الآخر^(٣) ، أو إذا صدر التدليس من الغير وكان للمتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس أو كان في استطاعته أن يعلم به^(٤).

(١) [أنظر دي باج ج ١ ص ٦١ — ٦٣ وهوامشها — وهو يضيف إلى هذه الاستثناءات حالة ما إذا كان لإبطال العقد سمكناً على أساس التواعد العامة في الفلظ ، فنعتد بتم الإبطال كنتيجة للفظ المتولد عن التدليس ولو كان راجعاً إلى فعل الغير] .

(٢) [أنظر في مسؤولية المتعاقد عن التدليس الحاصل من نائبه : ديموج ج ١ بند ٣٦٧ ص ٥٧٩ — ولوران ج ٢٨ بند ٥٤ — ودی باج ج ١ ص ٦٠ — ٦١ وهو يشير إلى أن الفقه الحديث يقرر مسؤولية الأصل عن التدليس الحاصل من نائبه وإن كانت هذه المسألة قد أثارت خلافاً في الفقه إذ لا نبابة في العمل غير المشروع ، ولكنه قيل أن المسؤولية هنا هي عن فعل التابع (تحتياً مع اتجاه في الفقه الحديث إلى تشبيه الوكيل بالتابع) ولكن اعترض على ذلك بأن الجزاء عندئذ يكون هو التعويض لإبطال العقد ، إلا إذا قيل أن الإبطال هو خير تعرضي : ويرى لوران أن أساس المسؤولية في هذه الحالة هو خطأ المتعاقد في اختيار نائبه . ويرى دي باج أن مبدأ حسن النية يقتضي ألا يتحمل المتعاقد المخدوع نتائج التدليس الحاصل من نائب المتعاقد الآخر بل إن هذا الأخير هو الذي يجب أن يتحمل مخاطر سوء اختياره . هذا ولا تتور المشكلة بالنسبة للنائب عن شخص ممنوع إذ أنه معتبر عضواً أو أداة له .

ومبدأ اعتبار تدليس النائب معادلاً لتدليس الأصل مقرر في القانون السويسري ومستفاد أيضاً من المادة (٤٥) من تقيين الالتزامات البولونية الصادر سنة ١٩٣٤ — أنظر دي باج ج ١ بند ٥٧] .

(٣) [وهذا الحل مقرر صراحة في المادة ٢٨ من تقيين الالتزامات السويسري والمادة ٤٠ من تقيين الالتزامات البولونية] .

(٤) [فلا يلزم إذن أن يكون المتعاقد الآخر هو « الفاعل الأصل » في التدليس بل يكفي أن يكون شريكاً فيه وهو عادة يستعين في ذلك بوسطاء (ميدان ج ٨ بند ١٤١ ص ٩٧) ولا تلزم المشاركة الإيجابية =

وكان الفقه المصرى يستطيع أن يحد فى القانون المذنى القديم سندا على أن التدليس يعيب الإرادة حتى لو صدر من الغير ، إذا هو رجع إلى النص الفرنسى للمادتين ١٣٦/١٩٦ ، فإن الترجمة الدقيقة لهذا النص هى ما يأتى : « التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث إنه لولاها لما رضى » . فلم يميز النص بين تدليس يصدر من المتعاقد الآخر وتدليس يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التدليس يعيب الإرادة فى الحالتين^(١) . ولو أخذ الفقه والقضاء فى مصر بهذا التفسير الوجه لاستغنيا به عن سلوك الطريق الطويل المتنوى الذى سلكه الفقه والقضاء فى فرنسا ، ولذهب مباشرة إلى الحل الصحيح عن طريق النص الصريح .

١٨٤ — التقنين المذنى الجبريد فى التدليس الصادر من الغير :

هذا ما فعله التقنين الجديد . فقد تجنب التناقض الذى وقع فيه التقنين القديم ، ونص صراحة فى المادة ١٣٦ ، كما سبق القول ، على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ،

== فجرد سكوت المتعاقد مع علمه بالتدليس الحاصل من الغير كاف فى هذا المقام . (وهذه صورة من صور التدليس السلبى) — أنظر دى باج ج ١ بند ٥٢ ص ٦٣ وهامش ٢ بها] .

(١) وكنا نأخذ بهذا رأى فى ظل القانون القديم وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وفى رأينا أن المشرع المصرى فى القانون القديم أراد العدول عن القاعدة الفرنسية التى تقضى بأن التدليس يجب أن يكون صادرا من الغير ، لأنها قاعدة متقدمة كما رأينا فأورد النص الفرنسى للمادتين ١٣٦/١٩٦ ، وهو النص الأصل وإن لم يكن النص الرسمى ، قاطعا فى أنه لا يشترط أن يكون التدليس صادرا من الغير . ثم ترجم هذا النص إلى العربية ، ولكن المترجم تصرف فيه ، فبدلا من أن يتقيد بالأصل فذكر أن « التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة ... » ، ذكر أن « التدليس يعيب الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ... » . فهو لا أورد لفظ « رضاء » وأسند إلى « أحد المتعاقدين » انساب إلى ذكر « المتعاقد الآخر » بعبء من المناقبة الطبيعية . ولعله يكون قد فهم خطأ من النص الفرنسى الذى ترجمه أن الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين هى حيل صادرة من المتعاقد الآخر ، وأن هذا فهم من مدلول النص . فجاءت الترجمة غارقة للأصل . والواجب فى هذه الحالة الأخذ بالنص الفرنسى دون النص العربى ، لأن النص الأول هو الذى يعبر بأمانة عن قصد المشرع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦) .

أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا التدليس»^(١) . وقد نص التفتين الجديد على مثل هذا في الإكراه (أنظر المادة ١٢٨) ، فسوى بحق ما بين الإكراه والتدليس في ذلك^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
 « ١ — التدليس الصادر من غير المتعاقدين لا يحل حتماً للدلس عليه في طلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم ، أو كان في استطاعته أن يعلم ، بهذا التدليس وقت إبرام العقد . ٢ — فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم ، أو ليس في استطاعته أن يعلم ، بصور تدليس من الغير ، فلا يترتب على التدليس إلا تحويل الدلس عليه حتى مطالبة الدلس بالتعويض » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذه المادة ما يأتى : « اختلفت المذاهب في شأن التدليس الصادر من الغير ، فقريق لا يربط عليه بطلان العقد ... ، وفريق يجعل له حكم اتدليس الصادر من المتعاقدين من حيث ترتيب البطلان ... ، وفريق يتوسط بين هذين المذاهبين ... ويشترط لاعتبار التدليس الصادر من الغير عيباً من عيوب الرضاء ، أن يثبت من ضل به أن الطرف الآخر كان يعلم به ، أو كان في استطاعته أن يعلم به ، وقت إبرام العقد . وفي هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ في تكوين العقد التى سبق تطبيقها فيما يتعلق بالغلط . وقد اختلف المشروع ما بينه الفريق الثالث . ويرأى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير العاقد (كالتسفيد في اشتراط مصلحة الغير) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة له ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان في إمكانه أن يعلم ، بالتدليس ... ويختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهى تعتبر قابلة للبطلان ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير ولم يكن يستطيع أن يعلم به ، لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب . وغنى عن البيان أنه لا يكون لدى العاقد سبيل للاتصاف سوى دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يعلم العاقد الآخر بالتدليس أو لم يكن في مقدوره أن يعلم به » . وفى لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية من المادة لأنها تقرر حكماً يكفى فيه تقرير قواعد المسئولية ، وأعيدت صياغة المادة على الوجه الآتى : « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد الدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم بهذا التدليس » . وأصبح رقم المادة ١٣٠ من المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أو كان من المفروض حتماً أن يعلم » بعبارة « أو كان في استطاعته أن يعلم » ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (بمجموعة الأعمال التوضيحية ١٧٤ — ص ١٧٨) .

[ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢٧ (مطابق) — الليبى م ١٢٦ (مطابق) — العراق م ١٢٢ (موافق) — اللبناني م ٢٠٩ (موافق) .

(٢) ويلاحظ أن القانون الجديد اشترط في التدليس والإكراه الصادرين من الغير ، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد ، أن يثبت المتعاقد الدلس عليه أو المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر ، إذا لم يكن يعلم علماً يقينياً بالتدليس أو بالإكراه ، فهو على الأقل مفروض فيه حتماً أن يعلم بذلك ، وهذا بخلاف الغلط ، فقد اكتفى القانون الجديد فيه بإثبات أن المتعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يقينه . ولا يوجد سبب ظاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتدليس والإكراه من جهة أخرى ، حتى يحصل المتعاقد في الحالة الثانية عيباً في الإثبات أهمل من العيب الذى يتحمله في الحالة الأولى . ولله يكون في الحالة الأولى أولى =

وإذا كان التدليس الصادر من النير يوجب الإرادة متى كان المتعاقد الآخر يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بالتدليس ، بقى الفرض الذى يكون فيه المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس وغير مستطيع أن يعلم به . وحتى هنا يجوز لإبطال العقد للفظ إذا أثبت العقد الخدوع أن العقد الآخر كان مشتركاً معه فى اللفظ الذى وقع فيه من جراء هذا التدليس ، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا اللفظ . فإذا لم يثبت شيئاً من ذلك ، فإن العقد لا يكون باطلاً لا للتدليس ولا لللفظ . وهذا عدل ، لأننا إذا أبطلنا العقد فى هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضاً ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً . وهذا تطبيق آخر لقيام العقد على سبيل التعويض ، لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد^(١) ، وقد سبقت الإشارة إلى تطبيقات من هذا القبيل .

ب — نظرية اللفظ تغنى عن نظرية التدليس

١٨٥ — **اللفظ يغنى عن التدليس فى النظرية الحديثة** : قلنا أن التدليس من شأنه أن يوقع المتعاقد فى غلط ، فإذا كان رضاه معيماً فإنما يكون ذلك بسبب اللفظ الذى أوقعه فيه التدليس . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية لللفظ تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة اللفظ^(٢) . فهناك أحوال لا يكفى فيها اللفظ

بالرعاية : فمن جهة هو ليس لللفظ مظاهر مادية تبرر التشدد معه فى الإثبات بينما أن التدليس ولا كراه هذه المظاهر ، ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع فى غلط يكون أقل عذراً مما لو كان خيعة تدليس أو لا كراه . ويدعو أن التفرقة لا مبرر لها ، ولا تفسر إلا بأن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عندما عدلت النصوص الخاصة بالتدليس وبالإكراه سبى عليها أن تجرى تعديلاً مماثلاً فى النصوص الخاصة باللفظ . ومن ثم يحسن عدم التشدد فى إبراز هذه التفرقة عند التطبيق العملى .

(١) ويصح القول هنا بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، وعندئذ يقوم العقد على توافق الإرادتين . [قارن الدكتور عبد الحى حجازى بند ١٠٧ ص ٢٠٠ حيث يرى أن الأمر لا يتعلق هنا بمعاملة الإرادة الظاهرة والباطنة — لأن اللفظ الناشئ من التدليس قد غاب الإرادة فى تكوينها وإن هذه الإرادة المعيبة هى نفسها التى حصل التعبير عنها وجاء التعبير مطابقاً لها] .

(٢) [أنظر : دى باج ج ١ ص ٥٨ بند ٤٩ و ص ٦٣ آخر بند ٥٢] .

لإبطال المقد ، كالغلط في الباعث والغلط في القيمة ، فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع ، كان التدليس لا الغلط هو السبب في إبطال المقد^(١) . ومن ذلك نرى أنه طبقاً للنظرية التقليدية لا يفتى الغلط عن التدليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث في النفس غلطاً ، فإن الاختصار على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يكفي لإبطال المقد في كل الأحوال .

أما في النظرية الحديثة ، فالغلط يفتى عن التدليس . ولا يمكن في هذه النظرية أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلاً لأن يبطل للغلط في الوقت ذاته . والتدليل على ذلك هين . فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً ، وهو يبطل المقد لما يوقع في نفس المتعاقدين من الغلط . فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطاً دافعاً ، والغلط الدافع يبطل العقد دائماً حتى لو وقع في الباعث أو في القيمة . فترى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن في الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تفتى إذن عن نظرية التدليس^(٢) .

١٨٦ — ولكن التدليس لا يفتى عن الغلط : ذلك أن التدليس إذا لم يوقع في نفس المتعاقدين غلطاً فلا أثر له في صحة العقد ، ولا تترتب عليه إلا مسئولية عن التمويض إذا انطوى على خطأ قصيري وأحدث ضرراً . ولا يمكن أن تتصور عقداً لا يبطل للغلط ويبطل مع ذلك للتدليس . فالعبرة إذن بالغلط لا بالتدليس . وإذا كان الغلط يفتى عن التدليس ، فإن التدليس لا يفتى عن الغلط .

(١) أظن في هذا المعنى عكسة الاستئناف المختلطة في ٤١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٩ م ١٤٧ . [فالتدليس هنا يعتبر عيباً متيزاً (أظن يبدان ج ٨ بند ١٤٤ م ٩٨)] .

(٢) أغفل المتقنين البرتغالي التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضاء (أظن م ٦٥٧ و ٦٦٣ من هذا التقنين) . وكذلك فعل التقنين النمساوي (م ٨٧٠ من التقنين النمساوي القديم وم ٥٥ من التقنين النمساوي المعدل) . أظن أيضاً بلانويل ٢ فقرة ١٠٦٦ — ديموج ١ فقرة ٣٦٤ — مذكرات الأستاذ ليفي ليهان في الالتزامات في الرجب الأول من القرن العشرين ص ٣٩٤ .

على أنه إذا وقع المتعاقد في غلط من شأنه أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقاً عملياً في هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوباً بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر هذا الفرق في أمرين : (أولاً) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس ، فإن الطرق الاحتمالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط بتدليس ، فإنه يصبح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته . (ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتدليس ، فإن التدليس يكون سبباً في إلزام المدلس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد ، إذا نجم عن التدليس ضرر^(١) . أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه إبطال العقد ، ولا محل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ في جانب المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به .

وظاهر أن كلا من هذين الأمرين على محض ، ولا صلة له بأثر الغلط في صحة العقد^(٢) . وقد آثر القانون الجديد مع ذلك أن يستبقى التدليس إلى جانب الغلط جرياً على التقاليد ، لا سيما إذا اقترنت بهذه الفروق العملية .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ من ٢١٥١ . [واضر دى باج ج ١ بند ٥٤ ص ٦٤ حيث يقرر أن من السلم به جواز الجمع بين طلب البطلان وطلب التعويض إذا كان البطلان وحده لا يكفي في إزالة الضرر الذى لحق بالتعاقد المتدوع ، وذلك تأسيساً على أن التدليس ليس فضاء سبباً في تصيب الرضا وإنما هو أيضاً خطأ تقصيرى من جانب المصاقد الآخر . وهو يشير إلى أن ذلك قد يؤدى — في القانون الفرنسى — إلى أن مدة التقادم قد تختلف في دعوى الإبطال عنها في دعوى التعويض] .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وقد يصح التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس ما دام أن أثره في الإرادة يرد إلى ما يولد في ذهن المتعاقد من غلط يدفع به إلى التعاقد ، بمعنى أن ما يشوب الرضا من عيب يسببه يرجع إلى الغلط لا إلى الحيلة . إلا أن لوجود التدليس مزيين عمليتين : فثابته أيسر من إثبات الغلط من ناحية ، وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التدليس بالتعويض فضلاً عن حق التمسك بالبطلان من ناحية أخرى » (مجموعة الأعمال الحضيرية ٢ ص ١٧٢ — ص ١٧٣) .

٣٥ — الإكراه (*)

La violence

١٨٧ — الرهبة هي التي يفسد الرضاء : الإكراه حفظ تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل للمادية التي تستعمل في الإكراه بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد^(١) كما أن الذي يفسد الرضاء في التدليس . ليست هي الطرق الاحتيالية ، بل ما تحدته هذه الطرق في نفس المتعاقد من التضليل والوم .

١٨٨ — الإكراه الذي يفسد الرضاء والإكراه الذي يعرض : والإكراه وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم ، إلا أنه لا يعدمه . فالكراه إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الذي هدد به ، فاختار أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة .

وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكروه بيد المكروه وأجبر القلم في يده بالتوقيع على التزام . ففي هذه الحالة يكون العقد باطلاً

(*) بعض المراجع : ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ٢٥ وما بعدها — مقال ديموج في مجلة القانون المدني ربيع السنوية سنة ١٩١٤ ص ٤٣٥ — ص ٤٨٠ — سيمونسكو (Simionesco) : رسالة في الإكراه وآثاره في التصرفات القانونية باريس ١٩١٤ — لالمان (Lallement) : رسالة في حالة الضرورة في المسائل المدنية باريس سنة ١٩٢٢ — بالار (Pallard) : الدفع بالضرورة في القانون المدني — رسالة من بواتيه سنة ١٩٤٨ — بريتون (Breton) : رسالة في الإكراه كتيب في الرضاء : كان سنة ١٩٢٥ — جوسران في الباعث في العمل القانوني الخلقية فقرة ٧١ — [دي باج ج ١ ص ٦٥ بند ٥٨ وما بعده — ييدان ج ٨ ص ٨٣ بند ١٢١ وما بعده — ديموج ج ١ ص ٩٥ بند ٣٠٤ وما بعده — بولانجيه في ربرتوار دالوز المدني الحديث تحت كلمة violence] — والتون ١ ص ٢٨٨ — ٣٠٦ — نظرية العقد للمؤلف ص ٤١٨ — ٤٤٤ — حلي بهجت بدوي ص ١٣٣ — ١٤٤ — أحمد حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ فقرة ١٧٨ ص ١٦٧ وما بعدها .

(١) [ولها يفضل ييدان في هذا المقام تعبير contrainte بدلا من violence (وهو التعبير الوارد في التقنين الفرنسي) لأن الذي يعيب الرضاء ليس هو ضل الإكراه ذاته وإنما الحشية أو الرهبة الناتجة عنه (ييدان ج ٨ ص ٨٤ — وأظن أيضاً في هذا المعنى دي باج ج ١ بند ٥٨)] .

لانعدام الرضا^(١).

١٨٩ — الإكراه هو أبغض عمل غير مشروع : وينبغي أن ننظر إلى الإكراه — كما نظرنا إلى التدليس — من ناحيتين : الناحية التي يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد ، والناحية التي يكون الإكراه فيها عملاً غير مشروع فتترتب عليه المسؤولية عن التعويض^(٢) . وسنرى فيما يلي هاتين الناحيتين في الإكراه .

١٩٠ — النصوص القانونية : وكان التقنين القديم يشتمل على نص واحد في الإكراه هو نص للمادتين ١٣٥/١٩٥ ، وهو يقر بأنه « لا يكون الإكراه موجباً لبطلان المفاوضة إلا إذا كان شديداً ، بحيث يحصل منه تأثير لقوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة » . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسي التي نقل عنها ، إذ تجنب الغلوض في كثير من التفاصيل التي عرضت لها هذه النصوص^(٣) ، واقتصر على وضع معيار من . إلا أنه خلط ما بين معيار موضوعي هو معيار ذى التمييز (personne raisonnable) ومعيار ذاتي هو معيار العاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط عن القانون الفرنسي^(٤) .

(١) [انظر في التفرقة بين الإكراه الذى يعدم الرضا والذى يفسده فقط : بيدان ٨ بند ١٢٢ ودى باج ١ بند ٥٨ حيث يرى أن الجزاء في الحالتين هو البطلان النسبي . غير أننا نلاحظ أن الإكراه الذى يعدم الرضا يبطل العقد بطلاناً مطلقاً إلا أنه لا يجوز للطرف الذى استغاد من الإكراه أن يتمسك بالبطلان لأن سببه راجع إليه . كما أن ذلك لا يتصور عملاً . فلا يبقى إلا أن يأتي التمسك بالبطلان من جانب المكره وحده ، فيشبه الأمر عندئذ بالبطلان النسبي .

وانظر بولانجيه في المرجع السابق ذكره — بند ٥ — حيث يرى أن صورة الإكراه الذى يعدم الرضا يصيب تحققها عملاً . وقران بيدان بند ١٢٤ وبند ١٢١ (ص ٨٤ وهامش ٣) حيث يرى أنه لما صح وجود وسائل تؤدي بغير استعمال القوة إلى التسلط على الأفراد بعد شل إرادتهم كالنوم الفلانيسي فلا شك في أن ذلك يوصف قانوناً بأنه إكراه يعدم الرضا .

هذا . والإكراه الذى يعدم الرضا أو يبيده ليس قاصراً على العقود بل ينصرف أيضاً إلى التصرفات القانونية التي تم بإرادة منفردة (دى باج ١ بند ٥٨ وديوج ١ بند ٣٣٠) .

(٢) [انظر دى باج ١ بند ٦٣ — وبولانجيه المرجع السابق بند ٣] .

(٣) نظرية العقد للفوف ص ٤٣٧ — ٤٤٤ .

(٤) خلط التقنين المدنى الفرنسي في المادة ١١١٢ بين المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي . وسبب ذلك أن يوتيه عند بحثه في الإكراه ذكر أن القانون الرومانى كان يتخذ لفساد الإكراه معيار « الرجل =

أما التقنين الجديد فقد تجنبت نصوصه هذا الخلط ، فاقصرت على المعيار الذاتي وهو المعيار الصحيح ، وعرضت لعناصر الإكراه في نصين ، هما للمادتان ١٢٧ و ١٢٨ . وتنص المادة ١٢٧ على ما يأتي :

« ١ — يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بشها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس » .

« ٢ — وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » .

« ٣ — ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه »^(١) .

== الشجاع » ، وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه في القانون الروماني عادة وهي تتفق مع القانون الطبيعي إلا هذا المعيار الشديد ، فإنه معيار جامد فاس ولا يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر في هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ واضعو القانون المدني الفرنسي معيار القانون الروماني الموضوعي بعد أن عدلوه ، فذكروا « الرجل المتعاد » بدلا من « الرجل الشجاع » ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعي معيار يونيه الذاتي ، وقامهم أن المعيار متعارضان ، وأن يونيه إنما أراد إبدال معيار القانون الروماني الموضوعي بمعياره الذاتي ، أو هم توهموا أن قد يونيه لمعيار « الرجل الشجاع » من شأنه أن يزيل المعيار إلى « الرجل المتعاد » ، ولم ينتبهوا إلى أن يونيه لم ير إبدال معيار موضوعي بمعيار موضوعي آخر ، بل قصد وضع معيار ذاتي محض (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٤ حاشية رقم ٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١ — يكون العقد قابلا للإبطال إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بشها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، على أن تكون الرهبة قائمة على أساس . ٢ — وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان للطرف الذي يدعيها أن يعتقد ، تمعا للظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ٣ — وينظر في تقدير الإكراه إلى جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه . وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة « أحد أقاربه » بكلمة « أو غيره » ، ولوحظ في ذلك أن عبارة « أحد أقاربه » أوسع مما ينبغي في بعض الأحوال وأضيق مما ينبغي في الحالات الأخرى . وقد يكون للشخص صديق أعز عليه من أقاربه ، وروعى أن الخطر الجسيم الذي يحدث بالغير قيمته الرهبة في النفس إلى حد التعاقد ، فيه تعديد كاف للغير الذي يتبر الخطر المحقق به لإكراهه . وأبدلت كلمة « حالا » التي تصف الخطر الجسيم في الفقرة الثانية بكلمة « محتملا » . وأضيفت صياغة المادة بما جعلها تطابق نص القانون الجديد مع استبقاء كلمة « ومزاجه » فيما يرام في تقدير الإكراه . وأصبح رقم المادة ١٣١ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب حذفت كلمة « النفس » اكتفاء بكلمة « الجسم » لأن الخطر الذي يهدد النفس يعتبر أنه يهدد ==

وتنص المادة ١٢٨ على ما يأتي :

« إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه » (١).

١٩١ — **عصرانه للمكره** : ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر الإكراه ، كعناصر التدليس ، اثنان : ١ — استعمال وسائل للإكراه تهدد بمخطر جسيم محقق ، وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢ — رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحصل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي .

== الجسم أيضاً . وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ حذفت كلمة « ومزاجه » الواردة في الفقرة الثالثة لأن إيراد هذه الكلمة يفتح الباب لإشكالات كثيرة بسبب كثرة اختلاف الأمزجة ، وأعيدت كلمة « النفس » التي كان مجلس النواب قد حذفها لأن الألام النفسية قد يصل تأثيرها على الشخص مبلغ الآلام الجسدية كمن يحطف عزيز لديه فيقع تحت تأثير هذا الحطف . وأصبح رقم المادة ١٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٨ — ص ١٨٤) — أنظر المادتين ٢٩ و ٣٠ من قانون الالتزامات والسويزي .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٢٨ (مطابق) — الليبي م ١٢٧ (مطابق) — العراق م ١١٢ — ١١٦ (موافق) — اللبناني م ٢١٠ — ٢١١ (موافق) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٧ من المشروع التمهدي على الوجه الآتي : « ١ — إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم بوقوع الإكراه ، أو كان في استطاعته أن يعلم ذلك . ٢ — فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكره إلا أن يطلب المكره بالتعويض » . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية لأنها تقرر حكماً تكفي فيه قواعد المسؤولية ، وأدخلت تعديلات لفظية على الصياغة بما جعل المادة تطابق تقريباً نص القانون الجديد ، وأصبح رقمها ١٣٢ في المشروع النهائي ، ووافق مجلس النواب عليها . وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ تقرر بعد مناقشة خفيفة استبقاء المادة كما هي — لأن الإكراه الصادر من الغير كالتدليس الصادر من الغير يجب أن يتصل به المتعاقد الآخر وتجب التسوية بين الإكراه والتدليس في هذه المسألة — مع استبدال عبارة « أو كان من المفروض حتماً أن يعلم » بعبارة « أو كان في استطاعته أن يعلم » . وأصبح رقم المادة ١٢٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٨) . أنظر المادة ٢٩ من قانون الالتزامات والسويزي .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٢٩ (مطابق) — الليبي م ١٢٨ (مطابق) — العراق : لا مقابل — اللبناني م ٢١٠ (موافق) .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصرين الموضوعي والنفسي ، وننتقل بعد ذلك إلى الجملة التي صدر منها الإكراه هل هي أحد المتعاقدين أو الغير أو مجرد المصادفة^(١) .

١ — استعمال وسائل للإكراه تهدد بمخطر جسيم محقق

١٩٢ — تحليل هذا العنصر : لا بد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الحس أو على النفس . فتهدد التعاقد المسكوك . أو شخصاً عزيزاً عنده ، بمخطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال . ووسائل الإكراه تكون في العادة غير مشروعة يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع . وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه : من ذلك أن يستغل صاحب الحق المطالبة بحقه لا بتزاحم فائدة غير مشروعة من المدين ، ومن ذلك أيضاً أن يستغل صاحب الشوكة والنفوذ الأدبي شوكمته وتنفوذه ليحقق غرضاً غير مشروع .

(١) والتي يطلب من المتعاقدين لإبطال العقد للإكراه هو التي يحمل عبء إثبات هذا الإكراه بضمره (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٧ — وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية .

ووقوع الإكراه مسألة واقعية لقاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع الإكراه مسألة قانونية تخضع لمعكة التقاضي ، كالتب في إذا كان يكفي أن صدر الإكراه من الغير ، وفي إذا كان مجرد استعمال النفوذ الأدبي يعد إكراهاً ، وفي إذا كانت الوسائل المشروعة تعد إكراهاً في بعض الظروف (نظرية العقد للوآلف ص ٤٢٠ حاشية رقم ٢) . واظهر محكمة القضاة (الدائرة المدنية) في ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ ومجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠ ، وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وبما أن تقدير درجة الإكراه وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر على الشخص الواقع عليه متروك لقاضي الموضوع بلا سلطان عليه من محكمة القضاة ، أما كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تبين في الحكم فما يدخل تحت رقابة محكمة القضاة لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون » . واظهر أيضاً محكمة القضاة (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ .

فتتكلم إذن فيما يأتى : (١) الإكراه الحسى والإكراه النفسى (٢) الخطر الجسم المحقق بالنفس أو بالمال إذا هدد المتعاقد نفسه (٣) هذا الخطر إذا هدد غير المتعاقد (٤) المطالبة بحق كوسيلة للإكراه (٥) الشوكة والنفوذ الأدبى .

١٩٣ — الإكراه الحسى والإكراه النفسى : وسائل الإكراه إما أن تقع على الجسم كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسى (violence physique) لأنه يقع على الحس ، وهو نادر لاسيما فى الأوساط للتحضرة . وإما أن تكون الوسيلة تهديداً يُلحق الأذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً لألم نفسى ، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسى (violence morale) لأنه يقع فى النفس رهبة أو ألماً ، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً فى الحياة العملية . وليس هناك فرق بين الإكراه الحسى والإكراه النفسى ، فكل وسيلة من وسائل الإكراه ، سواء وقعت على الجسم أو على النفس ، تفسد الرضاء وتجعل العقد قابلاً للإبطال^(١) .

١٩٤ — خطر مجسم محروم بالنفس أو بالمال يهدد المتعاقد نفسه :

ولكن لما كان الإكراه النفسى هو الأكثر وقوعاً كما قدمنا ، فإن كلامنا ينصرف فى الغالب إليه . وهو الذى يقع فى نفس المتعاقد المسكوه أن خطراً جسيماً يُلحق بنفسه أو بماله ، فنكون الرهبة التى تعاقد تحت سلطانها قائمة على أساس .

وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ إذ تنص على ما يأتى : « وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً

(١) [انظر دى باج ج ١ بند ٥٩ حيث يذكر أن الرهبة الناشئة عن الإكراه هى حالة خفية ولكن الوسائل التى تولدها قد تكون حية أو قسية . كما يقرر أن وسائل الإكراه قد تكون إيجابية أو سلبية . وانظر ديموج ج ١ بند ٣٠٦ حيث يقس الإكراه السلبي على حالة الجرائم الإيجابية التى تقع بطريق التزك أو الامتناع . ومن أمثلة ذلك التهديد بالمجبر أو ترك العمل فى ظرف دقيق أو بالامتناع عن رعاية مقل أو مريض] .

يهده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال»^(١).

فالخطر يجب أن يكون جسيماً^(٢)، والمبرة في جسامته الخطر بحالة للمكره النفسية .
فلو كانت وسائل الإكراه التي استعملت غير جدية ، ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة في
نفس للمكره وصورت له أن خطراً جسيماً يهدده ، فإن هذا يكفي لإفساد الرضاء^(٣) . وذلك
كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة ، كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق
السحر « والتعزيم » ، أو هلده بأن له قدرة على « الربط والخل » ، أو نحو ذلك مما يقع
كثيراً في الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محدقاً (imminent) أى وشيك الوقوع . فلو كان التهديد
بخطر يترأخى وقوعه إلى أجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيلة لنفسه . فإن التهديد
ليس من شأنه عادة أن يوقع في النفس الرهبة التي تقصد الرضاء . على أن الأمر منوط بحالة
التعاقد النفسية ، فقد تنبث في نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل ، فيكفي هذا لإفساد

(١) وكان هذا هو الحكم في عهد التقنين القديم : استئناف مخطوط في ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥
ص ١٦٧ [وانظر قض مدني ٨ فبراير ١٩٥١ — مجموعة أحكام النقض السنة الثانية رقم ٥٩ م ٣٠٥ :
الإكراه المبطل الرضاء لا يتحقق إلا بالتهديد المزعج في النفس أو المال باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل
للمكره باحتلالها أو التخلص منها ويكون من نتائج ذلك خوف شديد يحمل المكره على الإقرار بقبول
ما لم يكن ليقبله اختياراً] .

(٢) [يرى بولانيجه (المرجع السابق بند ٩) أنه لا غائمة من اشتراط الجسامه في الخطر ما دامت
المبرة في النهاية يكون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد . ويرقر بيدان (ج ٨ بند ١٣٢ ص ٩٢ — ٩٣)
أن الفرض من اشتراط جسامه الخطر هو التحقق من تأثير الإرادة به ، ويجلس من ذلك إلى أن تقدير هذه
الجسامه يعتبر مسألة واقع متروكة للقضاء وهي تختلف بحسب الظروف (وانظر أيضاً في هذا المعنى الأخير :
دي باج ج ١ ص ٦٧) .

(٣) [وفي مثل هذه الأحوال قد يقرن الإكراه بالتدليس ، عند استخدام وسائل تلقى في روع
الشخص الرعب من أذى وهمي (بولانيجه في المرجع السابق بند ١٤ وحكم النقض الفرنسي الذي أشار
إليه — الصادر في ١٧/٨/١٨٦٥ — سري ١٨٦٥ — ١ — ٣٩٩) . وانظر في اقتران الإكراه
بالتدليس : دي باج ج ١ ص ٦٨ وهامش ٤ — ونظرية النقد للوفاي ص ٢٦ ؛ هامش ٥ — وغارن
دي في بند ٦٠ ص ٦٧ حيث يقرر أنه لا أثر للتهديد بأمر لا يصور عقلاً محتمة ، ولا يعتبر ذلك إكراهاً .
ويبدو أنه متأثر في ذلك بالمعيار الموضوعي الذي أخذ به التقنينان الفرنسي والبلجيكي] .

الرضاء . فالمعبرة إذن بوقوع الرهبة حالاً في نفس المتعاقد . لا بأن الخطر حال أو محقق^(١) .
والخطر إما أن يصيب المتعاقد في جسمه أو نفسه ، كخطر يقع على حياته أو على سلامة
أعضائه أو ألم نفسى ينزل به . وإما أن يقع على شرفه واعتباره بين الناس^(٢) أو على الثقة
فيه لا سيما إذا كانت مهنته تقتضى التوفر على هذه الثقة كما في التجارة . وإما أن يقع على
ماله ، كما إذا هدد في مزروعاته بالإتلاف أو في داره بالحريق . فالخطر الذى يقع على أى شئ
يحرص المتعاقد على سلامته يكفى لتحقيق الإكراه .

(١) وكانت النظرية التقليدية للاكراه تشترط أن يكون الخطر حالاً ، وهذا ما نصت عليه المادة
١١١٢ من التقنين المدنى الفرنسى فى تذكر « الخوف من تعرض النفس أو المال لخطر جسيم حال
(présent) » . وقد جاء في بوتييه : « يجب أن يكون هذا الخطر حالاً ، أى أن يكون الشخص مهدداً
بالوقوع فيه في الحال إذا لم يفعل ما يطلب منه » (الترجمات فقرة ٢٥) . على أن النظرية التقليدية قد عدلت
من موقعها في هذا الشأن وتحوّلت ، فأصبح الحال ليس هو الخطر ذاته ، بل الخوف من الخطر .
(نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٠) .

[وانظر في هذا المعنى : دى باج ج ١ بند ٦٠ ص ٦٧ حيث يقرر أن الخطر يكون دائماً وبالضرورة
أمراً مستقبلاً أما الأمر الحال فهو الخشية — ويبدان ج ٨ بند ١٣٢ ص ١٩٢ حيث يرى أن وصف الخطر
بأنه حال يجب أن يفهم على معنى الأثر الناشئ عنه ، أى انه يجب أن يوحى بخوف حال — وبولانجيه :
الرجع السابق بند ٩ حيث يقرر أن وصف الخطر بأنه حال هو وصف غير دقيق] .
وقد كان المشروع التيميدى للقانون الجديد يشترط هو أيضاً أن يكون الخطر حالاً ، فكانت الفقرة
الثانية من المادة ١٧٦ من هذا المشروع تنص ، كما رأينا ، على ما يأتى : « وتعتبر الرهبة قائمة على أساس
إذا كان الطرف الذى يدعيها يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقربيه
في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » . ولكن جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ما يأتى :
« وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا اعتقد من وقع تحت سلطاتها أن خطراً جسيماً أصبح وشيك الحلول » .
وقد عدل في المشروع النهائي عن شرط حلول الخطر ، واستبدل به شرط أن يكون الخطر محققاً ، وهذا
أصح وأكثر تنسجاً مع المذكرة الإيضاحية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢
ص ١٧٩ — ص ١٨٢) .

وقد تجنبت التقنينات الحديثة أن تصف الخطر بكونه « حالاً » ، فلا تجد هذا الوصف في التقنين الألمانى
ولا في التقنين السويسرى ولا في التقنين البولونى .
[هذا . ولا يلزم أن يكون الخطر حتمى الوقوع بل يكفى أن يكون محتملاً (دى باج ص ٦٧
هامش (٢)] .

(٢) [وفي هذه الحالة يتخذ الإكراه صورة التشهير chantage أى التهديد بإساءة السمعة ابتغاء
إبتزاز المال أو انتزاع الرضا بالترام ما (أنظر بولانجيه المرجع السابق بند ٧)] .

١٩٥ — الخطر يهدد الغير : وليس من الضروري أن يهدد الخطر التعاقد للمكره نفسه ، فقد يهدد شخصاً غيره عزراً عليه فيعتبر الإكراه متحققاً بذلك^(١) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ التي تقدم ذكرها ، فهي تجيز أن يهدد الخطر الجسم الخلق التعاقد للمكره نفسه « أو غيره » . وكان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يشترط أن يكون الغير هو أحد أقارب التعاقد^(٢) ، ولكن رؤى بحق في المشروع النهائى العدول عن هذا الشرط . فليس صحيحاً أن الأقارب هم كل الناس الذين ينزلم الشخص منزلة نفسه ، فهناك الزوج والزوجة ، والخطيب والخطيبة ، بل والأصدقاء ، قد يكون فيهم

(١) [فالعبرة إذن هي بكون هذا التهديد قد أثر في نفس التعاقد ذاته ، ولو كان الخطر مما يحيق بغيره (يبدان ٨ بند ١٢٨)] .

(٢) أظن الفقرة الثانية من المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى ، وقد أوردناها في الحاشية السابقة . ويعتبر المشروع التمهيدى على ما فيه من عيب في تحديد طائفة الأقارب ، أكثر مرونة من التقنين المدنى الفرنسى ، فإن هذا التقنين في المادة ١١١٣ حدد فريقاً معيناً من الأطراف هم الأصول والفروع وأضاف الزوج والزوجة . وقد انقسمت الفقهاء في تفسير المادة ١١١٣ إلى فريقين : فريق يرى أن الأشخاص المذكورين في النص وردوا على سبيل الحصر ، فإذا هدد الخطر واحداً منهم كانت هناك قرينة قانونية على أن الخطر قد أثر في نفس التعاقد ، وإذا هدد أحداً غيرهم لم تفهم هذه القرينة القانونية ولكن للتعاقد أن يثبت أن الخطر الذى هدد هذا الغير قد أثر في نفسه إلى حد الإكراه . ويتكرر الفريق الآخر أن الخطر الذى يهدد أحداً من غير المذكورين في المادة ١١١٣ من شأنه أن يؤثر في نفس التعاقد إلى حد إفساد رضائه (نظرية العقد للوثلف ص ٤٣١ — ص ٢٣٢) .

[وانظر يبدان ٨ بند ١٢٨ حيث يرى أن الأشخاص الذين ورد إليهم في المادة ١١١٣ لم يذكروا على سبيل الحصر . وغاية الأمر أن ثمة قرينة قانونية على تأثير التعاقد بالتهديد إذا وقع على واحد منهم . وبغض المعنى دى باج ٦١ بند ٦١ وقد وردت بهذا المعنى المادة ١٩ من مشروع تقنين الالتزامات الموحد (الفرنسى — الإيطالى)] .

أما ما ورد في المشروع التمهيدى فهو لا يحدد صفاتاً معيناً من الأقارب كما فعلنا ، بل ينتظمهم جميعاً . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتى : « ولا يشترط أن يهدد الخطر التعاقد ذاته ، بل يجوز أن يهدد أحد أقاربه . وقد ترك للقاضى أمر تقدير درجات القرابة أو الصلة في كل حالة بخصوصها ، لأن بيان هذه الدرجات في النصوص على سبيل الحصر على نحو ما هو منتج في التقنين الفرنسى (١١١٣ م) وسائر التقنينات اللاتينية (أظن كذلك) المادة ١٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى) قد يكون أحياناً ضيق الحدود لا يتسع لصور جديدة بالرعاية ، وقد يكون أحياناً من السمة بحيث يجاوز الغرض المقصود » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٠) .

أما التقنين الجديد فقد جاء أكثر إطلاقاً من المشروع التمهيدى ولم يفيد الغير حتى بأن يكون قريباً .

من يعزم الشخص إعزازاً يحمله يتأثر مما يتعرضون له من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير الخوف الذي يقع في نفسه من جراء ذلك . وليس صحيحاً كذلك أن كل الأقارب ينزلم الشخص منزلة نفسه ، ويتأثر من الخطر الذي يهددهم تأثيراً يفسد رضاه . والأولى أن يترك تقدير ذلك للظروف ، فلا يذكر فريق معين من الناس على زعم أنهم هم الأعزاء دون غيرهم . وإنما ينظر القاضي في كل حالة إلى ظروفها الخاصة ، ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر ، هل هي علاقة وصلت إلى الحد الذي يجعل المتعاقد يتأثر من هذا الخطر بحيث تفسد إرادته ، فيبطل العقد ، لا فرق في ذلك بين قريب وزوج وخليط وصديق ^(١) .

١٩٦ — المطالبة بحق كوسيلة للإكراه : والإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع . فتهديد شخص بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يمس التزاماً ، أو بقتل ولده اختطفه المكروه إذا لم يمس تهدداً بدفع الفدية ، أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع قدر من المال ، كل هذه وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ^(٢) .

أما إذا كانت الوسائل مشروعة في ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع . بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر من طريق المطالبة بحق له عليه ، ولا يقصد بهذا

(١) وقد هجرت التفتينات الحديثة هذا المذهب العتيق في تصادمات معينة من الأشخاص ، فلم يذكر التقنين الألماني شيئاً من ذلك ، وذكر تقنين الالتزامات السويسري « الخطر الجسيم الدائم الذي يهدد الشخص نفسه أو أحداً من ذويه » (م ٣٠) .

هذا ويقع على المتعاقد البه في إثبات أن الخطر الذي يهدد الغير قد أثر في نفسه إلى حد إفساد رضائه . وقد يكون الغير الذي وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذي صدر منه الإكراه ، كأن يهدد شخص آخر بأن ينحدر إذا لم يمس هذا الأخير عقداً ، ويكون الهدد بالانتحار عزيزاً عند المهدد (نظرية العقد للؤلؤف ص ٤١٦ حاشية رقم ٥) .

(٢) [يرى بولانجيه (المرجع السابق بند ١٤) أن اشتراط عدم المشروعية في الوسائل المتعلقة في الإكراه هو أثر من آثار الفكرة التقليدية التي انحدرت البنا من اتفاقون الروماني والتي ترى في الإكراه عملاً غير مشروع . ومن ثم نرى أن منطق الرضاية يقتضي الاعتماد بالإكراه ما دامت الإرادة قد تأثرت به تأثيراً يبيها ، سواء أكانت الوسائل التي استعملت مشروعة أم غير مشروعة . أي أن البهة هي بالناتية من الإكراه لا بوسيلته] .

الضغط إلا الوصول إلى حقه ، فلا يبطل العقد للإكراه ، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ماله إذا لم يعطه تأميناً على عين بالذات ، فيعطيه المدين رهناً ، فلا يبطل عقد الرهن في هذه الحالة ، لأن الوسائل التي استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروعة ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع^(١) . كذلك إذا هدد شخص آخر بتقديمه بلاغاً إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بما أودعه عنده من مال ، فهذا الإقرار الصادر منه لا يبطل للإكراه ، لأن الوسائل التي استعملت مشروعة ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع هو إثبات حق موجود . وكذلك إذا هددت الزوجة زوجها بأن تحبسه في نفقتها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه . فلا يبطل عقد القرض للإكراه . هذا ونص القانون الجديد صريح في أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كانت الرهبة قد بُعثت « دون حق » في نفس المتعاقد المكره^(٢) .

(١) [انظر حكم استئناف القاهرة في ٢٨ فبراير ١٩٦١ — المجموعة الرسمية السنة ٦٠ رقم ٦ ص ٤٢ — حيث قضى بأنه يشترط في الإكراه البطل لمعنود أن تكون الوسائل المستعملة غير مشروعة وبقصد الوصول إلى أغراض غير مشروعة . ومن ثم فالضغط من شخص على آخر عن طريق المطالبة بحق له عليه وبحيث لا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه — لا يبطل العقد للإكراه] .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اضطرب الأدب إلى ضمان دين على ابنه خوفاً من المقاضاة فلا يبطل هذا الضمان للإكراه (٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١) . وقضت كذلك بأن إجبار الدائنين لشركة على أن تعطيه ضماناً لديونهم في ظهير أن يؤجلوا هذه الديون لا يكون إكراهاً ما دام الدائنين لم يسيئوا استعمال حقهم (٢٤ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٧٩) . وقضت أيضاً بأن التهديد بالالتجاء إلى طرق مشروعة كبشارة الإجراءات الجنائية لا يعد إكراهاً ما دام هذا التهديد يتمتع بالاعتدال في طرق مشروعة (٢٩ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٢٣ ص ٨٨) ، وبأن تهديد الوارث بالعلمن في وصية حتى يحصل بذلك على التنازل له عن جزء من الميراث لا يكون إكراهاً ما دام الوارث ليس بسوء النية (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٦٤ ص ٦٠) ، وبأن تهديد الدائن بأن يعلن إفلاس مدينه إذا لم يقر المدين بما عليه من الدين لا يكون إكراهاً (١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨) ، وبأن تهديد شخص لآخر رسا عليه المزاد بأن يزيد عليه العشر حتى يجبره بذلك على أن يبيع له شيئاً معيناً مما رسا فيه المزاد لا يعد إكراهاً لا سيما إذا كان الثمن الذي دفع في هذا الشيء أكبر من الثمن الذي رسا به المزاد (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) ، وبأن المجبي عليه في جرعة تبديد إذا استعمل حقه ضد المبدد للحصول على ماله دون زيادة لا يعتبر هذا منه إكراهاً (٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٤) — وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية : وقد سبقَت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن المادة ١٣٥ مدني (قديم وتقال م ١٢٧ جديد) وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية =

على أنه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، واستغل الدائن قيام حقه في المطالبة ففضط على إرادة مدينه ، لا للوصول إلى حقه فحسب ، بل ليمتد من المدين ما يزيد على حقه ، فإن الإكراه يتحقق ويبطل العقد . فمن فاجأ شخصاً متلبساً

العمل الذى يقع به الإكراه المبطل للعلاقات إلا أن ذلك مفهوم بدهية ، إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يرتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها . وكون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانوني لواصفة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون . فإذا صدر حكم على مستأجر بإخلاء العين المتأجرة ، وترتب على الشروع في تنفيذ هذا الحكم أن استأجر المستأجر تلك العين ، فلا يصح القول بأن عند الإجارة قد شابه من تنفيذ الحكم إكراه مبطل له بل يكون هذا العقد صحيحاً منتجاً لكل آثاره (٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

هذا وقد بقي الغرض مشروعاً ولكن تستعمل للوصول إليه . وسائل إكراه غير مشروعة ، كما إذا هددت امرأة رجلاً غاشرتها مدة من الزمن بالفضيحة عند خطبته إذا لم يرض التزاًم بعوضها ما يرضها من الضرر بسبب تركه لها . و مثل هذا الغرض يمكن القول بأنه رغمًا من عدم مشروعية الوسائل التى نتجت اليها المرأة ، إلا أن الغرض الذى أرادت الوصول إليه هو غرض مشروع ، فالقصد لا يبطل في هذه الحالة للإكراه . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز استعمال الإكراه للوصول إلى حق أو لتأدية واجب أو للحصول على مصلحة مشروعة (١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ سيرة ١٩٢٦ — ١ — ١٢١) . كذلك يجوز أن يحصل شخص بطريق التهديد على سند لحق له أو على ضمان لهذا الحق أو على الإقرار بالتزام طيبى وتحويله إلى التزام مدنى ، ما دام الغرض الذى يراد الوصول إليه مشروعاً (ديموج ١ فترة ٣١٧) ، وما دام أن الشخص الذى استعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه (ديموج ١ فترة ٢٩٨) . وقاعدة كهذه ليست في الواقع إلا تطبيقاً للبدأ الذى يقضى بأن الغاية تبرر الوسيلة ، وهى تبيح في الوقت ذاته لشخص أن يستنضى حقه بنفسه ما دام لا يتصف في ذلك وما دام لا يرتكب عملاً إجرامياً يعاقب عليه القانون الجنائى (بلانول وريير وإسمان ١ فترة ١٩٦ ص ٢٦٣ — ديموج ١ فترة ٤١٨) . ومن هنا نرى وجوب الاحتياط في استعمال هذا الحق ، فإن القصد والاعتدال فيه صعب بقدر ما هو واجب (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٩) .

وبعد فنحن إذا نظرنا إلى الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الرضاء رأينا أنه يفسد الإرادة ، سواء كانت وسائله مشروعة أو غير مشروعة ، وسواء كان الغرض الذى يراد الوصول إليه مشروعاً أو غير مشروع . فالإكراه في جميع هذه الحالات يفضط على الإرادة ويهدمها . لذلك يكون من الحق أن نقول إن العقد في صورتين التين نحن بصددهما — الصورة التى تكون فيها وسائل الإكراه مشروعة للوصول إلى غرض مشروع والصورة التى تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع — يجوز ، من ناحية منطق الإرادة ، إبطاله للإكراه . إلا أنه لما كان الغرض مشروعاً في كل من صورتين ، فإن التصاعد المذكور إذا استعمل حقه في إبطال العقد يكون قد قضى الغرض للمشروع الذى أريد من العقد تحقيقه ، ويحتر هذا منه تصفاً في استعمال حق الإبطال ، والتصفا في استعمال الحق يستوجب التعويض ، وخير تعويض ما كان عينياً ، فيمنع التصاعد المذكور من طلب إبطال العقد . وبقيت من هذا التطليل أن العقد =

بحرية ، فاستغل هذا الظرف واضطره إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لاحق له فيه ، جاز إبطال العقد للإكراه . أما إذا استكتبه سنداً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة ، فإن الفرض هنا مشروع والعقد صحيح . وإذا هدد دائن مدنيه بأن يعلن إفلاسه وأبني من وراء ذلك الحصول على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراهاً ، أما إذا حصل على حقه فإن الفرض يكون مشروعاً ولا يكون هناك إكراه^(١) .

== يبق في صورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة . وقد سبقت الإشارة إلى حالات أخرى مماثلة . أما إذا كان الفرض غير مشروع ، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أو غير مشروعة ، فالإكراه متحقق ، والعقد يجوز لإطاله لعب في الإرادة ، وإذا استعمل المتعاقد المكره حقه في إبطال العقد ، فلا يصح القول هنا — والفرض الذي يقصد تحقيقه من العقد غير مشروع — أنه متصف في استعمال هذا الحق .

(١) أظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٩٦ م ٩ ص ٥٨ — وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ — وقارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ . كذلك إذا هدد رب العمل مستخدمه أن يبلغ عنه اختلاسات ارتكبها أو يعرض له تعهداً بالأعمال في متجر مماثل لمدة معينة كان هذا التعهد باطلاً للإكراه ، لأنه لا علاقة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل (محكمة باريس الاستئنافية في ٣١ يناير سنة ١٨٩٦ جازيت دى باليه ٩٦ — ١ — ٣٩٨) . ويعد إكراهاً كذلك تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها إذا لم تنزل له عن مال لها عنده (محكمة النقض الفرنسية في ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ جازيت دى باليه ١٩٠٣ — ١ — ٧٢٨) . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية أخرى هذا المبدأ على الوجه الآتي : « إذا استعمل أحد الطرفين وسائل قانونية ضد الآخر ، فلا يعد هذا في ذاته إكراهاً بالمعنى الذي يقصده القانون ، ولا يمكن أن يكون سبباً في إبطال العقد الذي ينتج عن ذلك . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يجب البحث فيما إذا كان الدائن لم يفعل في الواقع إلا أنه استعمل حقه كما ينبغي أو أنه أساء استعمال هذا الحق . وللتفادي حسب الأحوال أن يرى في الوسائل التي استعملت لانتزاع التزامات باهظة من المدين إكراهاً غير مشروع من شأنه أن يفسد الرضا » (١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ — ١ — ٧٦) .

وقد اشتملت بعض التقنيات الحديثة على نصوص تقرر هذا المبدأ كالتزامات الميسرى (م ٢٧ فترة ٢) والتفتين التونسي والراكشي (م ٥٢/٤) والتفتين اللبناني (م ٢١٢) والتفتين الرابطة (م ١٠٠) . واشتمل المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد على نص في هذا المعنى ، فنقضت الفترة الأولى من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر إكراهاً الخوف من المطالبة بحق ما لم يستغل الضيق الذي وقع فيه الطرف المهذب فيتر منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق » . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « وما دام الفرض مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قد وقع بغير حق . أما إذا كان الفرض من الإكراه غير مشروع ، كما إذا استغل المكره ضيق المكره ليقتر منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق ، فيكون الإكراه على قبيح ما تقدم واقعاً بغير حق : ولو أن عرق الدائن في هذا الفرض قد اتخذ ==

١٩٧ — الشوكة والنفوذ الأدبي^(١) : ومجرد الشوكة والنفوذ الأدبي الذى قد يكون

لشخص على آخر ، سواء ارتبطا بصلة النسب كما بين الأب وولده ، أو اتصالا برابطة الزوجية أو المصاهرة ، أو لم يتصلا بشئ من ذلك كما بين الوصى والقاصر إذا لم يكونا من ذوى القربى وبين الأستاذ والطالب وبين ذى النفوذ الدينى والمتدين وبين الرئيس والمرؤوس . لا يكفى عادة ليكون وسيلة للإكراه^(٢) . ذلك أن استعمال النفوذ الأدبي

== وسيلة بلوغ الغرض المتصوره . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص والمشروع التامى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ فى هامش) .

[وانظر المادة (٣٠) من تقنين الالتزامات السويسرى ومضى تضمن فى ققرتها الثانية حكماً يطايع الحكم الوارد فى المادة ١٧٨ فقرة أولى من المشروع التمهيدى لتقنين المدنى المصرى] .

[وانظر دى باج ج ١ بند ٦٠ ص ٦٨ حيث يرى أن استعمال الحق لا يعتبر إكراهاً إلا إذا اضلوى على النصف أو كان الدائن قد عهد باتخاذ إجراءات لا حق له فيها . (ويرى دى باج أن مشروعية الفرض لا تبرر استخدام العنف) (بند ٥٩) إلا أن الجزاء على ذلك فيما نرى ليس هو البطلان بل التوفيق عن العنف إذا نتج عنه ضرر) . — وانظر ديموج ج ٣٠٨ حيث يرى أن العبرة بالفرض فلا يتحقق الإكراه إذا كان غرض الدائن هو الحصول على حقه أما إذا ابتغى ما وراء ذلك فإنه يكون متديناً وتوفر عندئذ حالة الإكراه . — وانظر بيدان ٨ بند ١٣١ ص ٩١ وهامش (١) حيث يرى أن استعمال الوسائل المشروعة لا يعد إكراهاً إلا إذا انتهى إلى حصول الدائن على ما ليس له حق فيه . ويلاحظ أنه يمكن رد ذلك إلى انعدام السبب فيها حصل عليه الدائن زائداً عن حقه — (قرب : بيدان ٨ بند ٢٠٧ وهامش ٢ فى صحيفة ٨٨)] .

(١) [دى باج ج ١ بند ٦٠ ص ٦٨ — ٦٩ وديموج ج ١ بند ٣١٢ وبيدان ج ٨ بند ١٣٠ — ويرى الفقه الفرنسى والبلجيكى أن استبعاد الإكراه فى حالة النفوذ الأدبي إنما يرجع إلى أن وسيلة الإكراه عندئذ تكون مشروعة فى حين أن من شروط الإكراه أن تكون وسائله غير مشروعة ومضى لا تكون كذلك فى حالة النفوذ الأدبي إلا إذا خرج الأمر عن حد الطاعة المروعة أو الإخرام المألوف (انظر المراجع السابقة) على أننا قد رأينا أنه لا عبرة بالوسيلة المستعملة فى الإكراه ، فيستوى أن تكون مشروعة أو غير مشروعة ، ولكن الفرض غير المشروع هو التامط لإبطال العقد للإكراه ، متى ثبت أن الإرادة قد عيبت نتيجة الضغط عليها ، وهو ما ينبغي أن يكون محل الاعتبار حتى فى حالة النفوذ الأدبي] .

(٢) [والخضوع الاقتصادي كالمضوع الأدبي لا يعتبر فى حد ذاته إكراهاً ، كما هو الشأن فى علاقة العامل برب العمل ، وإنما يتحقق الإكراه إذا ما عهد أحد الطرفين الآخر ، غير مسند فى ذلك إلى حق ، ابتغاء تعديل العقد بما ينتس من حقوق الطرف الذى وقع عليه الإكراه أو بما يحقق لمن استعمل وسائل الإكراه مزايا جديدة . وكما يتم التهديد من رب العمل فإنه قد يأتى من جانب المثلل كما فى حالة التهديد بترك العمل فى وقت يكون رب العمل محتاجاً فيه إلى المثلل . ولئن كان إضراب العمال لفرض شروط للعمل ==

والشوكة أمر مشروع ما دام القصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع ^(١).

أما إذا قصد الوصول إلى غرض غير مشروع ، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الطعن في العقد بالإكراه ^(٢) . ولا شك في أن موقف الزوجة من زوجها والزوج ذو شوكة

== معتبراً في فرنسا من صور الصراع الطبقي للمشروعة ، إلا أنه قد يعتبر إكراهاً إذا ما لابتته ظروف تلقى في روع رب العمل الرهبة من خطر جسيم عدى وتدفعه إلى التعاقد . (راجع في ذلك دى باج بند ٦٠ ص ٦٨ وهوامشها — والدكتور اسماعيل غانم في قانون العمل طبعة ١٩٦١ بند ١٠٦ ص ٢٢٧ — والدكتور جمال زكي : عقد العمل طبعة ١٩٥٦ ص ١٩٨ بند ٨٤) .

وانظر في الإكراه الملجئ : لإبرام عقد العمل : الفقرة الخاصة بمقالة الضرورة : فقرة ٢٠١ من هذا الكتاب هامش ٢ في ص ٣٨٢] .

(١) وكما أن النفوذ الأدبي إذا قصد به الوصول إلى غرض مشروع لا يعد إكراهاً ، كذلك العطف والمخو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه . والنفوذ الأدبي سلطة للأب على ولده ، أما العطف والمخو فسلطة من الأب نحو ولده ، فإذا وجد الولد نفسه مضطراً بحكم النفوذ الأدبي ، أو وجد الأب نفسه مدفوعاً بحكم العطف الأبوي ، إلى إمضاء عقد لا يبهظ الملتزم ، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بسبب الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن كون أحد الأبناء أثر في والده المقيم معه ليتصرف له تصرفاً في منفعة بشيء من ماله لا يعد في حد ذاته سبباً لإبطال العقد (٢١ مارس سنة ١٩٥٥ الاستئناف ٤ ص ٣١٠ أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مارس ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . وتقضى المحاكم الوطنية في كثير من القضايا بصحة العقود التي تصدر من الآباء لأولادهم يميزونهم بها عن بقية الورثة بدافع من العطف والمخو .

هذا وسنرى أن بعض هذه العقود قد تقوم على استغلال هوى جامع شبيه زوجة جديدة في نفس زوجها فيؤثرها هي وأولادها على زوجته الأولى وأولاده منها ، وفي هذه الحالة تطبق قواعد الاستغلال وقواعد الاستهواء والتسلط على الإرادة التي سيأتي بيانها . والفرق بين الشوكة والنفوذ الأدبي من جهة والاستهواء والتسلط على الإرادة من جهة أخرى أن الأولى يفرض فيها أن شخصاً مقامه كبير في عين المتصرف ، كاتب أو رئيس أو معلم ، استعمل قوته الأدبي . والثانية لا يشترط فيها أن الشخص المتسلط على الإرادة له مقام كبير ، فقد يكون زوجة أو أولاداً للمتصرف .

(٢) ولكن يشترط أن يكون النفوذ الأدبي كافياً للتأثير في إرادة المتعاقد ، فإذا لم يستعمل الأخ أية وسيلة من وسائل الضغط على أخيه المتزوجين والمتقنين عنه — وخاصة إذا كان هناك خلاف بين الأخ وأخيه — وقد أبرم العقد المتلون فيه بالإكراه على يد لجنة من المدد والمشاغ ، فلا يمكن أن يقال إن وسائل ضغط قد حصلت من الأخ على أخيه أحدثت عندها خوفاً شديداً حملها على قبول ما لم تكونوا تقبله اختياراً (محكمة استئناف أسبوط في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٧ المحللة ٢٢ رقم ٢٤٤ ص ٦٩٨) .

وقضت محكمة النقض (الفائرة الدينية) بأن مجرد النفوذ الأدبي أو هيبة الأقارب لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن يقتدر ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ==

على زوجته . وموقف الولد من أبيه وهو يخفض له جناح القل من الرحمة ، وموقف التدين من رئيس ديني والدين ذو أثر عميق في النفس ، وموقف الرؤوس من رئيسه وفي يد هذا إيقاؤه في العمل أو فصله . كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير ، وليس من الصواب أن يقال إن الشخص يتعاقد مختاراً فيها . فإذا أريد بالعقد الوصول إلى غرض غير مشروع . كعقد التزام باهظ ينقل كاهل الملتزم . وما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه ، فإن العقد يجوز إبطاله للإكراه^(١) .

== (س ٥٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشتري على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإقناع والتأثير البريء ، وأن وثائق الإكراه التي ادعتها — بفرض حبتها — لم تكن لتؤثر في نفسها تأثيراً يعمل على توقيف العقد لأخيها بغير رضاه وتسلم ، فلا يكون ثمة عمل لمجادلتها في ذلك (١٢ أبريل سنة ١٩٢٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٧ من ٦٢٨) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأن للورثة التي تنقض ما أبرمته من تصرفات سابقة بالبيع والوصية ، وتجرّد تجرّداً يكاد يكون تاماً من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل قهوه لإبادةها عن أقاربها إعاداً تاماً ، وأحاطها بخصوصها الألداء ، وجعلها تنزل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفضتها عليهم ، وتعطى لأحدهم توكيلاً عنها ، تدل بهذه التصرفات والإجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الإرادة ملوبة الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الديني انتهى تسلط عليها تسلطاً جعلها تنقاد لإرادته وتصرف وفقاً لما عليه عليها وتسير في الطريق التي رسمها ، فالوقفة التي تصدرها في هذه الظروف عن أطيان سبق لها الإبقاء بها لبعض أقاربها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الديني (المظران) ناظرًا ونفوس له التصرف في الريح على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون باطلة طبقاً لل مواد ١٢٨ و ١٣٣ و ١٣٦ من القانون المدني (القديم) لاندغام (كذا) رضائها وقت التصرف (٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٨٧ من ٨٦١) .

[وانظر في النضاء الفرنسي في حالة ممانلة : ديموج ج ١ فقرة ٣٠٧ و ٤٩٩ وهامش ٣ بها] .

واشتعل بعض التقنيات الأجنبية على خصوص في هذا الموضوع تقرر أن النفوذ الأدبي وحده لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن تقرر به وسائل لإكراه أخرى . وقد قضت المادة ١١١٤ من التقنين المدني الفرنسي بأن « مجرد الخشية الصادرة عن احترام (la seule crainte révérentielle) واجب للأب أو الأم أو أي أصل آخر ، دون أن يكون هناك إكراه واقم ، لا يكفي لإبطال العقد » . أنظر أيضاً التقنين التونسي والمرآكفي (م ٥١/٥٥) والتقنين اللبناني (م ٢١٢) والتقنين البرازيلي (١٠٠ م) والمصروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٠) . وهي خصوص متفقدة ، لأنه إذا كان صحيحاً كقاعدة عامة أن مجرد النفوذ الأدبي لا يكفي وحده وسيلة للإكراه ، إلا أن هذا لا يمنع من أن تتحقق حالات يكفي فيها النفوذ الأدبي لإبطال العقد ، وهي الحالات التي يساعد فيها استعمال هذا النفوذ لا يترتب التزامات باهظة كما تقدم القول . على أنه يمكن الوصول إلى مثل هذه النتيجة من طريق نظرية الصف في استعمال الحق ، فإن صاحب النفوذ الأدبي يكون قد تصف في استعمال قهوه إذا هو قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع =

ب — رهبة تحمل على التعاقد

١٩٨ — وموجب الأثر بالعبارة التراتبية : قدمنا أن المادة ١٢٧ من التقنين الجديد تنص بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بمشأ التعاقد الآخر في نفسه دون حتى ... ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه . وهذا النص قاطع في أن القانون الجديد يأخذ في الإكراه بمعيار ذاتي محض . وقد كان التقنين القديم (م ١٣٥ / ١٩٥) يخلط بين المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي مقلداً في ذلك

— فيلزم بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو إبطال العقد . وكما يقوم العقد على أساس من التعويض وإن أعوزته الإرادة ، كذلك يطل على أساس من التعويض وإن لم تنزه الإرادة . فالأولى إذن أن تنسج نظرية الإكراه حتى تتناول كل فرض من هذه الفروض (أنظر نظرية العقد للفرنانس م ٤٣٨ — م ٤٣٩) . وقد اشتمل المشروع التمهيدي للتقنين الجديد على نص في هذا الموضوع . فقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر مجرد النفوذ الأدبي ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد » . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « وتعرض المادة ١٧٨ من المشروع لتطبيقات ثلاثة للإكراه بوصفه عيباً من عيوب الرضاء ... والتطبيق الثاني خاص بالنفوذ الأدبي ، وهو مجرد لا يوجب الرضاء ، وإنما يبيح إذا صحبه الإكراه وفقاً لعبارة المشروع الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٠) — (أنظر أيضاً التقنينات اللاتينية) ، أو إذا كان هناك « تأثير غير مشروع » على حد تعبير المشروع . ويقصد بعبارة « التأثير غير المشروع » استغلال ، أو إساءة استعمال ، الاحترام الواجب للوالد أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين ... الخ . يقصد ابتزاز مدته فاحش أو متفعة مفرطة . وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عمل معين من أعمال الإكراه » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اعتماداً على ما تقرره القواعد العامة في هذا الصدد وتكملها قواعد الاستغلال التي وردت في هذا المشروع على ما سنرى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ١٨٥ — م ١٨٦ في المباحث) .

[أنظر في استغلال النفوذ ، أو إساءة استعماله : دى باج بند ٦٠ م ٦٨ — ٦٩] . وحرف القانون الإنجليزي ما يسمى بالتأثير غير المشروع undue influence وفيه يسمى الضخ استعمال قوة شخص آخر به أو قهره الأدبي عليه . ففي وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين ، كالأب وابنه أو كطبيب ومريض أو كحام وعميله أو كرئيس ديني ورجل متدين ، واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على إلقاء عقد ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال . ولكن يجب طلب ذلك في مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع (أنظر بولوك في العقد م ٦٤٨ — م ٦٤٩ — كارتر في العقد م ٨٥ — م ٨٧) .

القانون الفرنسي كما سبق القول^(١).

ولا شك في أن التقنين الجديد أحسن صنفاً بالاعتصار على المعيار الذاتي وعدم الخلط بينه وبين المعيار الموضوعي، فإن الإكراه، كالغلط وكسائر عيوب الرضا، ظاهرة من الظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتي^(٢). وهذا ما جرى عليه القضاء والفقه في مصر حتى في ظل القانون القديم^(٣). وهذا هو أيضاً ما أخذت به الشريعة الإسلامية^(٤) والتقنينات الأجنبية الحديثة^(٥).

(١) أظن آخرها فقرة ١٩٠ — وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يزيل التعارض ما بين المعيارين الذاتي والموضوعي، وهو التعارض الوارد في المادة ١١١٢ من القانون اندني الفرنسي على ما رأينا، فذهب إلى وجوب التفريق ما بين المعيارين على الوجه الآتي: إذا كان المتعاقد فوق الوسط طبق المعيار الموضوعي، واكتفى في جسامته الخطر بأن يكون من شأنه أن يؤثر في الوسط من الرجال. أما إذا كان المتعاقد دون الوسط وجب تطبيق المعيار الذاتي، ونظر إلى حالة المتعاقد وسنه وجنسه وما إلى ذلك (كوليه دي سانتير فقرة ٢٢ مكررة (١) — فنوار م ٦٠٦ — كولان وكابيتان ٢ م ٢٨٥). وظاهر أن هناك عيباً واضحاً في هذا التوفيق، فإن المتعاقد إذا كان فوق الوسط فإن إرادته لا تغد إل كراه ليس من شأنه أن يفسد إرادة من هم فوق الوسط، فكيف يقال بعد ذلك إن إرادته قد فسدت بمثل هذا الإكراه!

(٢) ولا يوجد مانع من الجمع بين الأخذ بمعايير ذاتية في عيوب الرضا والأخذ بالإرادة الظاهرة فيما يقتضيه استقرار التعامل. ولا يوجد قانون واحد خلا من هذا الجمع. وإعنا القوانين تطاول مقتضيات العملية، فتأخذ نارة بالإرادة الظاهرة والمعايير الموضوعية حيث يطلب اعتبار استقرار التعامل، وتأخذ طوراً بالإرادة الباطنة والمعايير الذاتية حيث يطلب اعتبار العدالة والمنطق القانوني. وتتفاوت القوانين في التوفيق ما بين الاعتبارين، فمنها ما يطلب عليه ترجيح الاستقرار، ومنها ما يطلب عليه ترجيح العدالة، ومنها ما يرضى الاعتبارين على حد سواء بالنظر التي يقتضيه كل منهما فيكون بينهما قواماً.

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٤ م ٣٠٣ — محكمة أسيوط الكلية في ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٢٣ م ٤٤٧ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ م ٤٣١ — وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ م ٥١٠ — هالتون ١ م ٤١٨ — دي هلتنس ١ لفظ convention فقرة ٤٤ — والتون ١ م ٢٢٦ — ٢٢٧ — الدكتور عبد السلام ذهني بك فقرة ١٣٤ — الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٩ — نظرية العقد المؤلف فقرة ٤٢٣ — الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٨٨ — الدكتور أحمد حشمت أبو سقيت فقرة ١٨٤.

(٤) مرشد الميراث م ٢٨٨: «يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم ومنهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الحبس والضرب كثرة وقلة، وشدة وضعف».

(٥) التقنين المدني الألماني م ١٢٣ — وتعين الالتزامات السويسري م ٣٠.

فيجب إذن أن تكون الرهبة التي بعثها إلى نفس المتعاقد المكره التهديد بمخطر مجسم محقق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال رهبة قد ضففت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد ، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه دفعا^(١) فالرهبة إذن تكون قد أفسدت إرادته . وهذه هي المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها ، وإيها ترد سائر المسائل في الإكراه . وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بمخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيما محققا ، إنما هو المظهر المادى للرهبة التي انبعثت في نفس المتعاقد المكره فحملته على التعاقد . وليس الخطر الجسيم المحقق مقصودا لذاته ، بل للنتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس . وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد ، مراعى في ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكره . وهذا هو المعنى المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتي^(٢) .

(١) [أنظر دى باج ج ١ بند ٦٠ وديوج ج ١ بند ٢٢٥ و ٢٢٧ (وكذا بند ٣١٠) — والفقه اللاتيني الحديث متفق في القول بوجوب أن يكون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد ، وانظر المادة ١٢٣ من القانون الألماني B.G.B. — أما الإكراه العرضي الذي لا يدمع إلى التعاقد وإنما يجبر المتعاقد على قبول شروط أشد ، لم يكن ليقلها لولاه ، فخرأوه التعويض لا الإبطال — وذلك قياسا على التبديل غير الدافع (أنظر المراجع السابقة) . وبجري النضاء في هذه الحالة على تخفيض المقابل الباهظ . ويجبذ الفقه هذا الحل العمل المتقيد ، ويعتبر ذلك نوعا من المقاصة بين التعويض المستحق للمدين المكره عن الإكراه العرضي ، وما هو مستحق للدائن بموجب العقد (أنظر دى باج ج ١ بند ٦٢ ص ٧٠) و يرى في تأصيل هذا الحل رده إلى نظرية انتقاس الهند أي إبطال الشق الفاسد فيه ، واستبقاء الصحيح ، وهي صورة من صور البطلان لا من صور التعويض . ولهذا فإنه إذا اقتصر أثر الإكراه على قبول شرط (أو شروط) أشد فليس ثمة ما يمنع قانونا من إبطال ذلك الشرط الأشد برمته دون إخلال ببقاء شروط العقد . ويكون البطلان في هذه الحالة جزئيا ، وهو ما يقتضي عن الاتجاه إلى فكرة التعويض والمقاصة بينه وبين الحق المقرر للدائن بموجب الشرط الذي اضطر المدين إلى قبوله تحت تأثير الإكراه] .

(٢) وهذا ما انتهى إليه الفقه المصري في ظل القانون القديم . وقد جاء في هذا المعنى في كتاب نظرية العقد للمؤلف ما يأتي : « قلنا إن شرطا واحداً كان يكفي في الإكراه ، وهو المعيار الذي تقاس به جسامته فإذا قيل إن الإكراه يجب أن يصل إلى حد من الجسامه بحيث يكون هو الذي دفع إلى التعاقد ، فإن الشروط الأخرى التي ذكرت إلى جانب هذا الشرط تصبح غير ضرورية ... ويتبين مما تقدم أن الشروط التفصيلية التي تتطلبها النظرية التقليدية في الإكراه غير صحيحة في كثير من تطبيقاتها . والأول أن تنقل هذه الشروط وأن نكتفي بالمعيار المرن الذي ذكرناه إذا وجد المتعاقد المكره بالنسبة لفروقه الشخصية في حالة اضطرار ضففت على إرادته وحملته على التعاقد » (نظرية العقد ص ٤٣٧ و ٤٤٤) .

١٩٩ — **تطبيق المعيار الزاقي** : فالواجب إذن النظر إلى حالة التعاقد الشخصية ، فتتعرف إلى أى حد هو يتأثر بالرهبة والخوف ، وتدخل في اعتبارنا كل العوامل التي يكون من شأنها تكيف نفسيته ، من جنس وسن وحالة اجتماعية وحالة صحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ .

فالأنثى غير الذكور . والصبي الصغير غير الشاب القوى ، وهذا غير الهرم البالي . والقروى الساذج غير المدني المتحضر . والعصبي غير الهادئ المزاج . والضعيف غير القوى والمريض غير العافي . والجاهل غير المتعلم . والتبي غير الذكي . وهكذا . ويجب الاعتداد أيضاً إلى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملابسات ، فالخطر قد يحدث رهبة في نفس التعاقد وهو في جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يحدثه وهو في مدينة آهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن . وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو في جماعة من الناس . وقد يكون الخوف أشد وقماً في نفسه ليلاً منه نهاراً . فالسكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكيف جسامته الخطر في نفس التعاقد^(١) .

ومعرفة ما إذا كانت الرهبة هي التي دفعت فعلاً إلى التعاقد مسألة واقع لا رقابة لمحكمة

(١) ويلاحظ أن الخطر إذا كان يهدد المال ، فالفروض أنه لا يؤثر في إرادة التعاقد إلا إذا كان المال الذي يتعرض للخطر أكثر مما يفقده الشخص من وراء التعاقد الذي أكره عليه وقد يكون التهديد بالاستيلاء على المال غصباً سبباً لإفساد الرضاء حتى لو كان صاحب المال يستطيع استرداده بعد غصبه ما دام التهديد قد أثر في إرادته .

ولا يعتبر القانون الإنجليزي الخطر الواقع على المال إكراهاً ، لأنه كان في استطاعة التعاقد أن يدع الخطر يتحقق ثم يرجع بتمويض على من تسبب في ضياع المال (پولوك في القعد ص ٦٤٥) . وهذه ظهرة تغفل احتمال عدم الجدوى في الرجوع بالتعويض .

[وقد قضت محكمة النقض بأن الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ مدني إذ تنص على أنه يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه ، فإن المحكم الطعون فيه لا يكون قد خالف المعيار الذي أوجبه القانون في تقدير الإكراه إذا كان قد نفي حصول الإكراه المدعى بوقوعه استناداً إلى أسباب تتعلق بشخص الباتمة وظروفه التعاقد : قض مدني ٢٥ يناير ١٩٦٦ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٩ ص ١٢٧] .

النقض عليها^(١). وينظر في تقديرها إلى العوامل التي سبق بيانها . ووجوب الاعتداد بهذه العوامل من مسائل القانون التي تمقّب عليها محكمة النقض^(٢) .

ج — الجهة التي صدر منها الإكراه

٢٠٠ — الإكراه الصادر من المتعاقدين الآخر والإكراه الصادر من الغير : كان

التقنين القديم يميز بين الإكراه والتدليس إذا صدر من الغير فالإكراه الصادر من الغير يؤثر في صحة العقد ، أما التدليس الصادر من الغير فلا أثر له في ذلك . وكان هذا موضعاً للنقد سبقت الإشارة إليه . أما التقنين الجديد (م ١٢٨) فقد نبذ هذا التمييز ، وجعل الحكم سواء في الحالتين . فمالج بذلك عيباً ظاهراً من عيوب التقنين القديم .

والأصل أن الإكراه يفسد الإرادة كما قدمنا . وسواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين

(١) [انظر بيان ج ٢ آخر بند ١٣٢ ص ٩٢ — ٩٣ ودي باج ج ١ ص ٦٧ وانظر هامش (١) في صحيفة ٣٣٧ من هذا الكتاب] .

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية — وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير درجة الإكراه من الواقع ، وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر في الشخص الذي وقع عليه الإكراه ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك (٢ يونيو سنة ١٩٣٢ المحللة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

[كما قضت بأنه متى كانت المحكمة (المعلومون في حكمها) قد قضت ، لأسباب سائقة ، في حدود سلطاتها التقديرية ، وقوع إكراه مؤثر على لزامة البائث أو تدليس مفسد لرضاه فإنها لا تكون ملزمة بإجراء تحقيق لا ترى أنها في حاجة إليه (قضى مدنى ١٥ ديسمبر ١٩٥٥ — مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٨ ص ١٥٨٢)] .

(٢) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن جسامه الخطر التي ينشأ منه الإكراه إنما تقدر بالميلار النفسى للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهذا يستدعى مراعاة حالته عملاً بالمادة ١٣٥ من القانون المدنى (م ١٢٧ جديد) . فإذا كان الكفيل قد دفع بطلان الكفالة للإكراه قولاً منه بأنه كان له في ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب ، فضاغ منه السند ، فليجأ إلى مدينه ليكتب له بدلا منه ، فأبى إلا إذا وقع هو له لإقراراً بكفالة أخيه في دين له قبله ، فلم يجد مناصاً من القبول ، فرد الحكم على هذا الدفء بأن قند سند الدين لم يكن ليؤثر في لزامة الكفيل ، وهو رجل مثقف خبير بالشؤون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذى يسبب رضاه بكفالة أخيه ، فهنا رد سديد . وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن قند السند ، بحكم كونه واقعة لا يده للسكفول له فيها ، لا يكون الإكراه البطل للعقد ، فهنا ترد منه لا يسميه أن يكون قد أخطأ فيه (أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٤ ص ٥٨٥) .

أو صدر من الغير فإن أثر الإكراه من حيث هو عيب في الرضا لا يختلف . . والإرادة تكون قاسدة في الحالتين . أما من حيث أن الإكراه عمل غير مشروع ، فإن للسؤال عن هذا العمل هو المكروه ، وهو في إحدى الحالتين غيره في الحالة الأخرى .

والذي يعني هنا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضا . فلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين وإكراه يصدر من الغير : كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال^(١) .

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذي أوردناه في التدليس . فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا أثبت المتعاقد المكروه أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه . ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفرض حتماً أنه يعلم به ، واختار المتعاقد المكروه إبطال العقد ، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض^(٢) وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض . وهذا هو عين ما قررناه في التدليس^(٣) .

(١) والقضاء والفقه في مصر متفقان على هذا الحكم حتى ظل القانون القديم : محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص ١٧١ — وفي ١٩ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ — دي هلتس ١ لفظ convention فترة ٤٠٥ — هالتون ١ ص ٣١٨ — وأنتون ١ ص ٢٣٤ — الدكتور ذهني بك فقرة ١٣٦ — فترة ١٤١ — الدكتور محمد صالح بك فقرة ٣٨١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٠٥ — الدكتور حلي بهجت بدوى فترة ٨٩ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فترة ١٨٦ .

[واظهر بهذا المعنى في الفقه الفرنسي : بيدان ج ٨ بند ١٢٦ — وفي الفقه البلجيكي دي باج ج ١ بند ٦٢] .

(٢) [أظفر بهذا المعنى بيدان ج ٨ بند ١٢٦] .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقارن المادة ٢٩ من قانون الالتزامات الويسرى [وهذه المادة تحمي المتعاقد الحسن النية من أثر البطلان بتغويله حق التعويض إذا ما اقتضت المدلة ذلك . وتعبير القانون الويسرى يتنازع هنا بالرونة . اظهر دي باج ج ١ بند ٦٥] . هذا ويصح القول هنا أيضاً بأن التقنين الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة على النحو الذي سبق أن قررناه في صدد الغلط والتدليس .

وبلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة ، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر ، إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الرضا ، فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع ، ويكون للمكروه أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر^(١).

٢٠١ — الإكراه الصادر عن ظروف نهأت مصادره (حالة الضرورة) : وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير ، ولكن من ظروف نهأت مصادره لا يد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الاستفادة منها واستغلالها لحل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد ، كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الفرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك وحصل منه قبل إنقاذه على تمهد بإعطائه مقداراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإنقاذ . وكأ لو اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه^(٢).

وقد ذهب النظرية التقليدية في الإكراه إلى التمييز ما بين هذا الفرض والفرض الذي يصدر فيه الإكراه من الغير . فإن الإكراه الصادر من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد

(١) وقد اشتمل المشروع التهديد على نص في المعنى ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من هذا المشروع بأنه « إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكروه إلا أن يطالب المكروه بالتعويض » . وقد حذفت هذه الفقرة في المشروع النهائي لأنها تقرر حكماً تكفي فيه قواعد المسؤولية ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ و ص ١٨٧) [وانظر دي باج ج ١ بند ٦٤ حيث يرى أن جزاء الإكراه — باعتباره عيباً في الرضا — هو إبطال العقد — وباعتباره عملاً غير مشروع — هو التعويض ، وقد يجتمع الجزاءان إذا كان الإبطال لا يكفي وحده لجبر الضرر] .

(٢) [وتثور هنا مسألة قبول العمل بشروط محض تحت ضغط الاحتياج والاضطرار وهل يعتبر ذلك ظرفاً مكروهاً يبيح العقد . والمراجع أنه ليس كذلك . وهذه الصورة التي تتعلق بإبرام العقد في ظروف قهرية لا تدخل لرب العمل في خانها تختلف عن صورة الإكراه التي يقع أثناء إبرام العقد لتعديل شرطه ، وقد سبقت معالجتها وذكرنا فيها أن الإكراه قد يقع من العامل كما يقع من رب العمل (انظر : اسماعيل غانم : قانون العمل بند ١٠٦ ص ٢٢٧ — ٢٢٨ — وانظر آقأهاش ٢ في ص ٢٧٣ من هذا الكتاب) .

أما إجبار رب العمل قانوناً على التعاقد مع عمال معينين أو بشروط معينة (وهو ما يسمى بالعقد المفروض) فهو يخرج بداهة عن نطاق الإكراه لتعلقه بالقيود المفروضة قانوناً على حرية التعاقد وهي مسألة أخرى لا شأن لها بعيوب الرضا (انظر : اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٥١ ص ٩١ — ٩٢ والمراجع التي أشار إليها وبخاصة : جلال المدوى : الإجبار القانوني على المفاوضة — رسالة من الاسكندرية ، سنة ١٩٦٠) [.

حتى ينتزع منه الرضا ، ومن ثم يؤثر في صحة العقد . أما الفرض الذي نحن بصدده فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تهيأت مصادفة ، ولم يكن الفرض منها الضغط على إرادة المتعاقد ولم يفعل المتعاقد الآخر إلا أنه استغناها عند تعاقده . ولما كانت النظرية التقليدية تشترط في الإكراه أن ينتزع الرضا ، وقد ورد فعلا لفظ « الانتزاع » (extorqué) في المادة ١١٠٩ من القانون المدني الفرنسي ، فإنها لا تجعل الإكراه الذي تهيأت ظروفه مباشرة ذا أثر في صحة العقد ^(١) .

ولكن هذا التمييز الذي تأخذ به النظرية التقليدية لا مبرر له ، وهو أثر من آثار القانون الروماني بقي في القانون الفرنسي بعد أن زالت مقتضياته ^(٢) . والصحيح أن الإكراه متحقق في كلا الفرضين . وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة ، بل صدرت تحت تأثير الضغط ، فلإرادة فاسدة ، سواء في ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبي أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها ، فأثر الضغط في إرادة المتعاقد واحد في كل هذه الأحوال . فإذا تعرض شخص لخطر الموت ، وتقدم لإقناذه شخص اشترط

(١) انظر في هذه النظرية التقليدية : نظرية العقد المؤلف من ٤٢٥

(٢) وذلك أن القانون الروماني كان يجعل للإكراه جزاء مستقلا غير إبطال العقد . أما الإكراه الذي تهيأت ظروفه مصادفة فلم يكن عليه جزاء ، لأنه لا يمكن في هذه الحالة توجيه الدعوى ضد شخص معين صدر منه الإكراه . فانتقلت هذه القاعدة إلى اتفاق الفرنسي بالرغم من أن هذا القانون يجعل جزاء الإكراه إبطال العقد ، ولا يكفي بدعوى تمويض ضد من صدر منه الإكراه . وظاهر أن دعوى الإكراه يمكن توجيهها ضد المتعاقد الآخر دون حاجة إلى تلمس شخص صدر منه الإكراه (انظر بلانوي وريبير وإسبان ١ فترة ١٩٥ — انظر أيضاً جوسران ٢ فترة ٨٨ وهو يرى أن العقد يكون قابلا للإبطال في هذه الحالة لأننا لا نتصور هل كان الفائت ملوماً أو غير ملوم من حيث وجود هذا الإكراه ، بل نظن هل كان المدين إرادته حرة مختارة أم صدرت إرادته تحت ضغط دافق) . [وبغض المني : يمان ج ٨ بند ١٢٧] .

وظاهر مما تقدم أن القانون الروماني كان لا ينظر إلى الإكراه إلا باعتبار أنه عمل غير مشروع ، فإذا تهيأت ظروفه مباشرة فلا مسئولية على أحد ، ولا جزاء على مثل هذا الإكراه . أما الآن فنحن ننظر إلى الإكراه ، لا بوصف أنه عمل غير مشروع فحسب ، بل أيضاً بوصف أنه عيب في الرضا . فالإكراه الذي تهيأت ظروفه مباشرة إذا فاته الوصف الأول فلا يغتبه الوصف الثاني ، ويكون إذن سبباً في إبطال العقد .

أن يأخذ مبلغاً جسيماً من أجل ذلك ، فلا فرق ، من حيث حرية إرادة المدين ، إذا كان مصدر الخطر الذى يهدده هو من فعل الدائن أو من عمل الغير أو نتيجة الصدفة ، وما دام الدائن قد علم بالظرف الخارجى واستغله فالتعقد قابل للإبطال . كذلك الطبيب الذى يستغل خطورة المرض ، فيضطر المريض إلى الالتزام بمبلغ جسيم أجراً للعلاج لا يتناسب البتة مع الأجر الذى يؤخذ عادة ، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة ، ويجب أن يبطل العقد فى هذه الحالة^(١) ، ومن ينقذ سفينة على وشك الغرق تلقاء تعهد باهظ من ربان السفينة ليس له أن يتمسك بهذا التعهد لأن الإرادة قد أفسدها الإكراه^(٢) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدى للتقنين الجديد على نص صريح فى هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان التعاقد الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل المتعاقد المهدد بخاطر تهيات ظروفه مصادفة ، أو كان سيئ النية وأراد استغلال هذه الظروف . فى الحالة الأولى وحدها لا يكون للتعاقد المسكوكه حق إبطال العقد^(٣) ، ويستخلص من مفهوم المخالفة أن الإكراه

(١) [انظر ييدان ج ٨ بند ١٢٧ ص ٨٨ وهوامشها — ودى باج ج ١ بند ٦٢ ص ٧٠ وهوامشها — وديموج ج ١ بند ٣١١ و ٣٢٢ — ويختلف الفقه فى بيان الأساس القانونى لرجوع الطبيب بأجره بعد إبطال العقد — أما القضاء فىرى من الأوفق تخفيض المقابل إذا كان باهظاً . وهو ما أشار به بوتيه من قبل (الالتزامات بند ٢٤) ويحذرى باج هذا الحل العملى لقائده] .

(٢) [انظر ييدان ج ٨ ص ٨٨ هامش ٦ — ودى باج ج ١ بند ٦٢ ص ٧٠ — وديموج ج ١ بند ٣٢١ — وفى التشريع الفرنسى نصوص خاصة تعالج حالة المساعدة البحرية كما توجد فى هذا الشأن معاهدة دولية هى معاهدة بروكسل البرمة فى سنة ١٩١٠ بخصوص المساعدة والإنقاذ البحريين — وقد انضمت إليها مصر فى سنة ١٩٤١ بموجب القانون رقم ٣٢ — وهى تنص فى مادتها السابعة على تحويل القضاء حق إبطال أو تعديل الاتفاقات البرمة تحت ضغط الخطر إذا لم تكن شروطها عادلة] .

(٣) نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى — وقد حذفت فى المشروع التهاى اكسفاة بالقواعد العامة — على ما يأتى : « إذا أبرم شخص عقداً للفلاس من خطر جسيم حال ، يهدده هو أو أحد أطرافه ، فلا يعتبر هذا العقد قابلاً للإبطال بسبب الإكراه إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ... أما التطبيق الثالث فهو خاص بمجاله من يجد غيره مهدداً بخاطر جسيم حال لا يد له فيه ، فيستغل هذا الموقف . فهو وإن لم يكن المتسبب فى الطرف اللجئ ، إلا أنه انتفع به للحصول على منته فاحش ، ويعتبر الإكراه فى هذه الصورة عيباً فى الرضاء (فارق الاستغلال) . وعلى النقيض من ذلك ينتفى الإكراه ويكون الرضاء صحيحاً إذا لم يحاول المتعاقد الآخر فى مثل هذا الغرض أن يحصل على منفعة =

يكون سبباً لإبطال العقد في الحالة الثانية . وهذا التمييز معقول ويجب الأخذ به في ظل القانون الجديد . وإذا كان المشروع النهائي قد أغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمة ، بل هو قد اعتمد على القواعد العامة في تقرير هذا الحكم ^(١) ، وبخاصة على قواعد الاستغلال . وسنرى ذلك فيما يلي .

== مفرطة ، بل اقتصر على إنقاذ التعاقد الآخر في مقابل منفعة معقولة . فطائ الحكم في هذه التطبيقات الثلاثة هو فكرة (الإفراط في النعم) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ في الهامش) . انظر أيضاً المادة ١٤٤٧ من القانون الإطال الجديد .

[يلاحظ أن بعض المحاكم الفرنسية قد اتجهت إلى القول بأن ثمة إكراهاً أدبياً في حالة استغلال التعاقد للظروف المحيطة بالآخر — انظر بيان ج ٨ هامش صحيفة ٨٩] .

هذا والحكم يبقى صحيحاً حتى لو اعتقد التعاقد المهدد أن التعاقد الآخر قد أفرط في النعم ، مادام هذا الأخير كان حسن النية ولم يهدف إلى استغلال الخطر الذي يهدد التعاقد معه . فإذا اتفق جراح شهير مع مريض على إجراء عملية خطيرة ، وتتقاضى أجراً لعمله مبلغاً كبيراً ولكنه يتناسب مع خطورة العملية ، فالعقد صحيح حتى لو تمسك المريض فيما بعد بأن لإرادته لم تكن حرة وقت التعاقد . وتعليل ذلك أن الطبيب كان حسن النية ، فلو فرض أن المريض لم يكن حر الإرادة وأراد إبطال العقد . فمن حق الطبيب أن يتقاضى تعويضاً من المريض في هذه الحالة ، وخير تعويض هو استبقاء الضد صحيحاً كما مر ذلك في صور مختلفة .

(١) وقد أخذ بهذا الرأي الفقه والقضاء في مصر حتى في ظل القانون القديم : والتون ١ ص ٢٣٧ — ص ٢٣٨ الدكتور ذهني فقرة ١٣٥ — الدكتور محمد صالح فقرة ٢٨٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٢١ — الدكتور حلمي بهجت فقرة ٨٩ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٧ — وأبطلت محكمة الاستئناف المختلطة الاضاق التي يقصد في حالة الاضطراب الناجمة من وجود سفينة في خطر (٢٢ مارس سنة ١٩٩٩ م ١١ ص ١٦٦) ، واكتفت بإعطاء دعوى الفسول (١١ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٣٥) . انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣ — وفي ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ — وفي ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤١ (وفي هذا الحكم الأخير ذكرت المحكمة في أسباب الحكم أن القانون المصري (القديم) لم ينقل من القانون الفرنسي كلمة « يتبرع » (extorqué) الواردة في المادة ١١٠٩ من هذا القانون الأخير ، والتي كانت السبب في أن الفقه الفرنسي لا يجعل حالة الاضطراب التي تهيأت مصادفة إكراهاً يبطل العقد) .

هذا والقانون القارن في هذا الموضوع متجه إلى جعل حالة الاضطراب مؤثرة في صحة العقد ، وسنرى ذلك عند الكلام في نظرية الاستغلال (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٤١ حاشية رقم ١) .

§ ٤ — الاستغلال (*)

(L'exploitation)

٢٠٢ — **استغلال والفن** : الفن هو المظهر المادى للاستغلال . ويمكن تعريف الفن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العائد وما يأخذه .

ويستخلص من هذا التعريف : (١) أن الفن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية . أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الفن ، لأن الأولى طبيعتها تقضى بوقوع الفن على أحد المتعاقدين ، ولأن الثانية يعطى فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى^(١) . (٢) أن الفن يقدر وقت تمام العقد ، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت ، ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك . (٣) أن الفن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح في الفن اليسير والوقوف عند الفن الفاحش ، وبهذا التمييز العملي يقول الفقه الإسلامى .

(*) بعض المراجع : ريبير في القاعدة الختية فقرة ٦١ وما بعدها — جوسران في الباعث في الأعمال القانونية فقرة ٩١ — ديمونقس (Demontès) في الفن في العقود ما بين البائع سنة ١٩٢٤ — لويس لوكاس (Louis-Lucas) في الفن والعقد سنة ١٩٢٦ — الرسائل : هائم (Hayem) باريس سنة ١٨٩٩ — جريليه (Gerlier) باريس سنة ١٩٠٨ — دييجول (Dyol) مونبليه سنة ١٩١٩ — موري (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ — كولزون (Coulezon) مونبليه سنة ١٩٢٤ — ميان (Mémin) باريس سنة ١٩٢٤ — هاون (Haon) مونبليه سنة ١٩٢٧ — موريس (Morize) سنة ١٩٢٩ — بروجا (Proga) باريس سنة ١٩٣١ — دالم (Dalem) باريس سنة ١٩٣٩ — فاللون (Valmont) باريس سنة ١٩٣٩ — انظر أيضاً مقال الأستاذ ريكول في مجلة مصر المصرية سنة ١٨ ص ١٨٩ — ص ٢١٤ — نظرية العقد للمؤلف ص ٤٤٥ وما بعدها — حلى بهجت بدوى ص ٢١٥ وما بعدها .

[أحد حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ ص ١٧٧ وما بعدها — نظرية الاستغلال في القانون المدنى المصرى للدكتور توفيق حسن فرج (رسالة من الاسكندرية ١٩٥٧) — أسعد الكوراني (تقريب المحامين في حلب) — الاستغلال والفن في العقود : بحث مقدم للوزير الساس للمحامين العرب (الحاماة السنة ٤١ — العدد السادس : فبراير سنة ١٩٦١ ص ٩٢٢)] .

(١) وسنرى أن الاستغلال قد يقع في العقود الاحتمالية بل وفي عقود التبرع ، فهو أوسع مدى من الفن .

٢٠٣ — تطور الغبن من نظرية مادية للغبن إلى نظرية نسبية للاستغلال : والنبن مشكلة اجتماعية لم يهتد القانون إلى حلها حلاً مرضياً . فهي قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة ، فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة رأينا القانون لا يقيم للغبن وزناً . ثم إذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة . تدخل القانون لمنع الغبن .

كان الرومان ، منشعبين بروح الفردية ، ومن أجل ذلك لم يكن القانون الروماني يعبأ بالغبن . ولما ساد الدين المسيحي أوروبا في القرون الوسطى ، انتكصت روح الفردية . وإذا كان مذهب سلطان الإرادة أخذ في الظهور منذ ذلك الوقت ، فإن رجال الكنيسة قيدوا هذا المبدأ بالمعالة وبمحاية الضعيف من استغلال القوى ، وتوسعوا في نظرية الغبن ، فحرموا الربا في عقود القرض ، وحددوا للسلم أثمانها وللمعمل أجره ، وهذا ما كانوا يسمونه بالغبن العدل (Juste prix) وبالأجر العدل (Juste salaire) . وعينت الشريعة الإسلامية بمحالة معينة من حالات الغبن وهي العقود الربوية ، فحرمت الربا وتعقبت في جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فضاق من تحريم الغبن ما كان قد اتسع . وعادت القوانين لا تعتمد بالغبن إلا في أحوال معينة . وقويت هذه النزعة في الثورة الفرنسية ، فألفت الثورة حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة وحتى تحريم الغبن في بيع المقار . وورث القانون المدني الفرنسي ، ومن ورائه القانون المدني المصري القديم ، هذه التقاليد ، فحجبت أحكامها ضيقة في الغبن . وقد التزم القانونان نظرية مادية للغبن . فالغبن فيها لا يؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائية نص عليها ، والعبرة في الغبن بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، والغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء ، وهو عيب في المقد لا عيب في الرضاء ، وآيته ألا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال في التعادل إلى رقم محدود . وأظهر حالة للغبن في القانون المدني المصري القديم حالة البيع إذا وقع على عقار القاصر (م ٣٣٦ —

١٩/٣٣٧ — ٤٢٠٤) . وهناك حالات أخرى كانت متنترة في نواحي هذا القانون ، كالفائدة لا يزيد عليها الأقصى على ٨ في المائة ، وكمقد الوكالة يجوز فيه أن يعاد النظر في أجر الوكيل .

وقد تطورت هذه النظرية للمادية في الفين إلى نظرية نفسية في الاستغلال أخذ بها أكثر التقنينات الحديثة . والفرق ما بين النظريتين يتلخص في أمرين : (أولاً) في النظرية الأولى ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا نظرة شخصية ، فالعبرة بقيمة الشيء في حد ذاته وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب . أما في النظرية الأخرى فالعبرة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد ، إذ قد يكون الشيء تافهاً في ذاته كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية . ويترتب على النظرة للمادية لقيمة الشيء أنه إذا اختلف التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة ، فإن الفين يتحقق حتى لو لم يختلف التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء ، فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشيء المادية ولكن يشتره بثمان أكبر ، غير مخدوع ولو مضطر . لأن قيمته الشخصية تعدل الثمن الذي بذله . في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد ، طبقاً للنظرية للمادية ، مغبوتاً ما دام التعادل قد اختلف بالنسبة إلى القيمة للمادية ، مع أنه كان عالماً بهذه القيمة ولم يخدع في أمرها ولم يضطر إلى التعاقد ، أى أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه . فالفين إذن في النظرية للمادية هو كما قلنا عيب مستقل قائم بذاته ، وهو عيب يقع في العقد لا في الرضاء . أما الذي يترتب على النظرة الشخصية لقيمة الشيء فهو ألا يكون هناك غبن إلا إذا رضى للمتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهماً في قيمته ، أو مخدوعاً فيها ، أو مضطراً إلى التعاقد ، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة . ومعنى ذلك أن الفين لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه . فلا يكون الفين إذن في النظرية الشخصية عيباً مستقلاً قائماً بذاته وواقعاً في العقد ، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء . (ثانياً) ودرجة

الاختلال في التعادل ينظر إليها في النظرية الأولى نظرة مادية ، فهي درجة محددة ، بل هي رقم مرصود . فالنبن الذي يزيد على الخمس كما في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، أو الربع كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى القسمة ، أو النصف كما كان في القانون الفرنسي القديم ، أو سبعة أجزاء من اثني عشر كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى بيع العقار ، هو النبن الذي يمتد به ويستوجب الجزاء إبطالا أو تكملة . وقد يكون النبن فاحشاً من الناحية الشخصية ، بالنسبة إلى ظروف التعاقد الخاصة ، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية ، فلا يمتد به في هذه الحالة ولا يؤثر في صحة العقد . أما النظرية الشخصية فتتخذ في تحديد درجة الاختلال في التعادل معياراً مرناً ، فهي لا تعدد رقمًا يجب أن يصل النبن إليه ، بل تترك ذلك لظروف كل حالة ، ويكفي أن يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهظ .

وغنى عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد ، وفي هذا ضمان لاستقرار التعامل ، إذ يمكن للوهلة الأولى أن تتعرف هل في العقد غبن ، ولا يقتضي ذلك أكثر من عملية حسابية تقدر بها قيمة الشيء المادية ، ونسب هذه القيمة إلى الثمن ، فإن وصل النبن إلى القدر المحدد اعتد به . ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها ، فهي من الدقة الحسائية بحيث لا تصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتقلب فيها العنصر النفسي ، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف . وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حسيائياً على جميع المسائل ، دون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى ، تكون قاعدة ظالمة رماً من مظاهر خداع فيها للعادلة .

وقد اعتنقت التقنينات الحديثة النظرية النفسية ، وجعلت من النبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . قضى القانون اللدنى الألماني في المادة ١٣٨ ببطالان التصرف القانونى الذى يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره ، فى نظير شيء يؤديه ، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء ، بحيث ياتبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً (disproportion choquante) فى التعادل ما بين قيمة تلك المنافع

وقيمة هذا الشيء . وتقضى المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسرى بأنه فى حالة اختلال التبادل اختلالاً واضحاً (disproportion évidente) ما بين تمهد أحد المتعاقدين وتمهد للمتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون فى غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه ، إذا كان قد دفع إلى هذا الثمن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجربة . وتقضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل (hors de toute proportion) مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات للمتعاقد الآخر ، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يطل العقد أو أن ينقص الالتزامات^(١) .

٢٠٤ — التقنين المصرى الجديد : وقد سائر التقنين المصرى الجديد التقنينات الحديثة وأخذ بالنظرية النفسية فى الاستغلال ، فنص فى المادة ١٢٩ على ما يأتى :

(١) أظفر أيضاً التقنين الإيطالى الجديد (م ١٤٤٨) (الفقرة الأولى) والتقنين البولونى (م ٤٢) والتقنين اللبنانى (م ٢١٤) والتقنين النمساوى (م ٨٧٩) والتقنين الصينى (م ٧٤) ، وقد قدم النائبان الفرنسيان جيبال ودبيان (Guibal et Dupin) إلى مجلس النواب الفرنسى فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٠ مشروع قانون يكمل المادة ١١٨ من القانون الفرنسى ويضم نصاً عاماً يحرم الاستغلال فى جميع العقود ، فيقضى بأن يكون الثمن سبباً فى إبطال العقد إذا كان الاختلال فى التعادل ما بين الالتزامات التى تنشأ عنه جسيماً ، وكان هذا يرجع إلى استغلال حاجة الطرف المغبون أو خفته أو عدم تجربته (أظفر الوثائق البرلمانية الفرنسية : مجلس النواب سنة ١٩٢٠ الملحق فترة ١١١٢ فى ١٧٨٦) . كما أعدت جمعية الدراسات التشريعية فى سنة ١٩٢١ مشروعاً بهذا المعنى (أظفر تقرير ديوج عنه فى نشرة الجمعية المذكورة لسنة ١٩٢١ ص ٢١٦ ومناقشة له فى نفس المجلة ١٩٢٢ ص ٢٥) ولكن كلا المشروعين (مشروع النائبين ومشروع جمعية الدراسات) وقفنا عند هذا الحد ، إذ يبدو أن وضع قاعدة عامة مؤداها إبطال العقود بسبب الثمن ، ليس مما يسهل تقبله فى القانون الفرنسى (أظفر ريبير فى انسيكلويدى دالوز ٣ تحت كلمة « غبن » بند ٧) .

هذا ويستخلص من بحث أجرى فى البلاد التى تتضمن قوانينها المدنية نصوصاً عامة فى الاستغلال على النحو الذى تقدم ذكره أن هذه النصوص نادرة التطبيق ، وكان كثير من النقاد يتوقعون عكس ذلك ويحشون من أن هذه النصوص تكون مدعاة لكثرة التقاضى (أظفر مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل (Morel) فى بعض مسائل متماثلة يتكبرون العقود وبطورتها المألوفة : باريس سنة ١٩٤٨-١٩٤٩ ص ٢٨٧) .

« ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتبادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المضمون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً ينفياً أو هوى جاعاً ، جاز للقاضي بناء على طلب للمتعاقد المضمون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

« ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » .

« ٣ — ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر ، دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » ^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٩ من المشروع التهدي على الوجه الآتي :

« ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتبادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو لا تتبادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يكون مفروضاً ، تباً للظروف ، أن الطرف المضمون قد استغل حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يقين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضي بناء على طلب الطرف المضمون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي حصل من الطرف المضمون ترعاً . ٢ — ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » . وقد أدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات على المادة ، وأصبح رقمها ١٣٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب كما وردت في المشروع النهائي . أما لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ فقد تناقشت طويلاً في هذه المادة ، وكانت تميل في أول الأمر إلى حذفها ، ثم اتجهت إلى تقييدها على الوجه الآتي : « ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتبادل مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المضمون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً ينفياً أو هوى جاعاً ، جاز للقاضي بناء على طلب للمتعاقد المضمون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد . ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة . ٣ — ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » . ولوحظ أن المولى معناه الشهوة الجامحة إلا المودة والمطع ، وقد ترك تحديد المطلق والمهوى لتقدير القاضي . وراعت اللجنة في التعديل الذي أجبرته أن تعدل عن التوسم الذي اختاره نص المشروع وأن تجعل أساس النص فاصراً على استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح . وحذفت من الفقرة الأولى عبارة « ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف المضمون ترعاً » لأنها من قبيل الترييد . وأضافت قيداً يتعلق بمعاد رقم الدعوى . وجاء في ملحق لتقريرها ما يأتي : « اقترح حذف المادة ١٢٩ الخاصة بالاستغلال إذ قد يكون في استبقائها ما يهدد المعاملات ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن وضع أحكام خاصة في شأن الاستغلال =

وقد حرص التقنين الجديد على أن ينص في المادة ١٣٠ على أن « يراعى في تطبيق المادة السابقة (م ١٢٩) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالنفن في بعض العقود أو بسر الفائدة »^(١). والعقد التي يشير إليها أهمها عقد البيع إذا وقع على عقار القاصر وعقد القسمة وعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد القرض إذا اشترطت فيه الفائدة والشرط الجزائي . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في هذه العقود . والمهم أن النفن في هذه الحالات قام على أساس النظرية للمادية ، فلم يعتبر عيباً في الرضاء بل عيباً في العقد ، واعتد في الشيء بقيمته

== لا يقتصر أثره على دعم الأسس الخلقية في تنظيم المعاملات بل يجاوز ذلك إلى إطفاء القضاء من عناء التعايل على النصوص وتحمل القواعد ما لا تحليق بطبيها . فالتضاء في ظل القانون الحالي قد استتبت فكرة الإيعاء والنسل والإغواء وتوسم في تطبيق (اللفظ في القبة) عندما يكون دافئاً إلى التعاقد وتوسل بشئ الوسائل لدفع الجور في صور كثيرة من صور الاستغلال حلت بها مجموعات الأحكام . وما من شك في أن هذه الحالة بناتها تعرض المتعاملين لاحتالات من خلاف التقدير وتفاوت مزاج المتهدين في استحصان الخروج على القواعد العامة ولا تئين على توطيد الاستقرار في قليل أو كثير . لتلك رأيت اللجنة أن لإفراد نص للاستغلال يكون أدعى إلى إحراك المتعاملين لما قد يعرض له المقدم من طعن في تطلق ضيق واضح الحدود . ولكنها توسطت فلم تر أن يكون ناطق هذا النص رجباً على غرار نظيره في أكثر التقنينات الحديثة ، ومنها التقنين الألماني والسويسري والبولوني والبناني والمشروع الفرنسي الإيطالي ، بل اقتصرت فيه على حالي « الهوى الجامع والعيش البين » .

وأصبح رقم المادة ١٢٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التضييرية ٢ ص ١٨٩ — ٢٠٣) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٣٠ (مطابق) . الليبي م ١٢٩ (مطابق) . العراق م ١٢٥ (موافق) . اللبناني م ٢١٤ (موافق) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالنفن في بعض العقود وبما يسمح به القانون من سر الفائدة » . فعدلت لجنة المراجعة على الوجه الوارد في نص القانون الجديد ، لجعل النص أدق في الدلالة على المعنى المقصود ، وأصبح رقم المادة ١٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ١٣٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التضييرية ٢ ص ٢٠٣ — ص ٢٠٤) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٣١ (مطابق) ، الليبي م ١٣٠ (مطابق) ، العراق م ١٢٤ (مغارب) ، اللبناني م ٢١٤ (مغارب) .

للمادية لا بقيمته الشخصية ، ووقت النصوص في بعض هذه الحالات عند رقم محدد التزمته عند تقدير الغبن .

فإذا تركنا جانباً حالات الغبن للتقدم ذكرها ورجعنا إلى الاستغلال في نظريته العامة التي تتناول جميع العقود ، وهي النظرية الشخصية التي تضمنها نص المادة ١٢٩ سالفه الذكر رأينا أن للاستغلال عناصر متى توافرت ترتب الجزاء الذي نص عليه القانون .

فنحن نتكلم : (أولاً) في عناصر الاستغلال ، (وثانياً) في الجزاء الذي يترتب عليه .

(١) عناصر الاستغلال

٢٠٥ — **العنصر الموضوعي والنفسى** : للاستغلال عنصران ، أحدهما موضوعي وهو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً ، والآخر نفسى وهو استغلال ضعف في نفس المتعاقد .

٢٠٦ — **العنصر الموضوعي** : أوردت المادة ١٢٩ مدنى العنصر الموضوعي للاستغلال في العبارة الآتية : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر » . وهذا هو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً كما قدمنا^(١) .

ففي عقد البيع ، لا يشترط التعادل بين التزامات البائع والتزامات المشتري^(٢) ، فقد يغبن أحد المتعاقدين ولا يمنع الغبن من صحة البيع . ولكن إذا اختل التعادل اختلالاً فادحاً بين قيمة المبيع الذى التزم به البائع والتمن الذى التزم به المشتري ، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال يتحقق .

وفى الوعد بالبيع ، إذا كان الواعد قد التزم مثلاً ببيع منزل كبير القيمة لقاء ثمن زهيد

(١) انظر : توفيق فرج بند ٨٣ ص ٢١٤ وما بعدها .

(٢) [بهذا المعنى : قض ٨ فبراير ١٩٥١ — مجموعة أحكام النقض ٢ ص ٣٠٦ رقم ٢/٥٩ — وانظر توفيق فرج بند ٦٢ ص ١٦٨] .

بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل وما حصل عليه من فائدة بوعدده هذا وهو الثمن الزهيد قد اختل اختلالاً فادحاً ، فإن العنصر الموضوعى للاستغلال هنا أيضاً يتحقق .

وفى الحالة الأولى يكون الاختلال الفادح واقعاً بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر . وفى الحالة الثانية يقع الاختلال الفادح بين التزامات المتعاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد .

والعبرة فى تقدير قيمة الشئ بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، لا بقيمته المادية فى ذاته . فقد تكون القيمة المادية لمنزل أربعة آلاف ، فيرغب شخص فى شرائه بخمسة آلاف لأن قيمة المنزل بالنسبة إليه تبلغ هذا الثمن^(١) . فالعبرة هنا بالقيمة الثانية دون الأولى . ولو اشتراه الراغب فيه بخمسة آلاف أو بمبلغ أكبر بحيث لا يكون الاختلال فادحاً بين مادفه وما اعتبر قيمة شخصية للمنزل ، فإن العنصر الموضوعى للاستغلال لا يتحقق ، أما إذا دفع ثمناً عالياً يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية ، كأن دفع ثمانية آلاف مثلاً ، جاز القول بأن الاختلال فى التعادل اختلال فادح .

فالفداحة فى اختلال التعادل ميارها مادية كما نرى . ولكن هذا الميار ليس رقفاً ثابتاً ، بل هو معيار متغير تبعاً للظروف فى كل حالة^(٢) . فقد تتحقق الفداحة بثمانية آلاف فى المثل المتقدم ، وقد تتحقق بمبلغ أقل ، وقد لا تتحقق إلا بمبلغ أكبر . والقاضى هو الذى يقدر بأى مبلغ تتحقق . وينظر فى ذلك إلى ظروف كل من المشتري والبائع وإلى

(١) [ويضرب الدكتور توفيق فرج مثالا كذلك : حالة هواة النحف (انظر رسالته ص ٢٣٠) .]

(٢) [انظر حكم استئناف القاهرة فى ١٩٦١/٢/٢٨ — المجموعة الرسمية ٦٠ رقم ٦ ص ٤٢ — حيث قضى بأن مناط تطبيق المادة ١٢٩ مدنى أن تكون التزامات أحد المتعاقدين غير متعادلة البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر بحيث يختل هذا التعادل اختلالاً فادحاً — وتقدير هذه الفداحة تقديرأ مادياً يرجع فيه إلى ظروف كل من المتعاقدين وإلى الملابسات التى أحاطت بهذا المتعاقد الذى لم يرم القدر إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طبعاً بيناً أو هوى جامعاً] .

جميع الملبسات الأخرى . فالمسألة هنا مسألة واقع لا مسألة قانون ، ومحكمة النقض لا رقابة لها في ذلك إلا من حيث قصور التسبيب ، فإذا بينت محكمة الموضوع الظروف التي جعلتها تقدر أن الاختلال في التعادل فادح ، وكان بيانها في ذلك كافياً ، فلا تعقيب لمحكمة النقض . وعبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون ، فهو الذي عليه أن يثبت الفداحة في اختلال التعادل^(١) .

وأكثر ما يكون الاختلال فادحاً في عقود المعاوضة المحددة (contrats commutatif) ففيها يأخذ المتعاقد ويعطى ، وهو يعرف على وجه محدد مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى ، سواء في ذلك أخذ لنفسه أو أخذ لغيره كما في الاشتراط لمصلحة الغير . ولكن قد يقع ذلك أيضاً في العقود الاحتمالية^(٢) ، وهي عقود تنطوي على احتمال المكسب والخسارة كما هو معروف . إذ ينبغي أن يكون هناك نوع من التعادل معقول بين احتمال المكسب وقيمتها من جهة واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى . فإذا كان احتمال الخسارة في جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال المكسب ، وكان مقدار الخسارة في الوقت ذاته لا يقل كثيراً عن مقدار المكسب ، كان الاختلال في التعادل فادحاً . فلو أن شخصاً أمن منزله من الحريق ، وكان المنزل بعيداً كل البعد عن التعرض لخطر الحريق ولم يؤمنه

(١) [والوقت الذي ينظر فيه إلى عدم التعادل هو وقت تمام العقد (توفيق فرج بند ١٠٨ — وبفس المعنى في الفين : ديموج ١ بند ٤٠٣) .

واظفر في بيان بعض الصور التفصيلية (العقد الملق على شرط واقف — والوعد بالتعاقد — والعقد المزم لجانب واحد — والبيع بالتسيط) : توفيق فرج بند ١٠٩ وما بعده .

أما عدم التعادل الطارئ بعد انعقاد العقد فإنه يخرج عن نطاق نظرية الاستغلال ويتصل بنظرية الظروف الطارئة [.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وتحسن الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز أن يطن فيها على أساس الفين إذا اجتمع فيه معنى الإفراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩١) . وقد نص القانون اللبناني صراحة على ذلك ، فجاءت الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٤ من هذا القانون ما يأتي : « العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للإبطال بسبب الفين » . [واظفر توفيق فرج بند ١٠٣ ص ٢٦٠ وما بعدها] .

صاحبه إلا تالية لطلب دائن ارتهن المنزل ، واشترطت شركة التأمين أن يدفع المؤمن له أقساطاً سنوية عالية ، احتمال خسارتها أرجح بكثير من احتمال احتراق المنزل فتقاضى تمويض عنه هو مبلغ التأمين ، ولم يكن هناك فرق كبير بين مقدار القسط السنوى وبين مبلغ التأمين ذاته ، ففى مثل هذا العقد الاحتمالى وهو عقد التأمين قد يتحقق أن يكون الاختلال فى التعادل ما بين التزامات المؤمن له والتزامات شركة التأمين اختلالاً فادحاً .

ولا يمكن القول فى عقود التبرع إن هناك اختلالاً فادحاً فى التعادل ، لأن التبرع يعطى ولا يأخذ . ولكن الاستغلال بالرغم من ذلك يقع فى التبرعات كما يقع فى المعاوضات . بل هو أشد وطأة فى الأولى منه فى الثانية . وإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يحتل فيه التعادل ، فإن الاستغلال يكون أكثر تحقّقاً فيما لا تعادل فيه أصلاً . والفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ من القانون الجديد ، وهى تميز فى عقود المعاوضة توفى دعوى الإبطال بتكلفة البذل ، تفيد ضمناً أن الاستغلال قد يقع فى غير عقود المعاوضة أى فى عقود التبرع^(١) . أما كيف يقع الاستغلال فى التبرعات فإن ذلك سهل التصور ، بل هو كثير الوقوع فعلاً . فقد يتبرع شخص بجميع ماله — ويفلب أن يتم ذلك عن طريق هبة فى صورة بيع — لزوجته الثانية وأولاده منها ، مضيعاً بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعى ، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال زوجته الثانية ضعفه أو هواه . وهنا لا يقال إن التعادل مختل اختلالاً فادحاً . بل يقال إنه غير موجود أصلاً ، فالتبرع أعطى دون مقابل ، وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البين أو لهواه الجامح .

(١) وقد كان للمروع التيمى يتضمن النص الآتى : « ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذى صدر من الطرف المعبون تبرعاً » ، ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذا النص لأنه من قبيل التريّد ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك (انظر فقرة ٢٠٤ فى الهامش) . وبقيت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ وهى تفيد ضمناً كما رأينا أن الاستغلال قد يقع فى عقود التبرع .

[انظر رسالة الدكتور توفيق فرج بند ٩٤ وما بعده وبخاصة بند ٩٩ وبند ١٠٢ — والدكتور عبد الحى حجازى : نظرية الالتزام طبعة ١٩٥٤ ج ٢ ص ٣١٦ — وما يشيران إلى أن نص المادة ١٢٩ قد يوحى بأن نظرية الاستغلال مقصورة على عقود المعاوضات وأنه كان يحسن أن تنال الاستغلال فى عقود التبرعات بنس مدخل] .

بل قد يجاوز الاستغلال المقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد ، كما إذا أوصى شخص بجميع ما يملك الإيضاء به لشخص استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً ، فالوصية هنا يعيها الاستغلال ، وهي ليست عقداً بل عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد .

٢٠٧ - **العصر النفسى** : أما العنصر النفسى للاستغلال^(١) فقد أوردته المادة ١٢٩ مدنى فى العبارة الآتية : « وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً » . وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يقبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف » . ثم أصبح نص المشروع النهائى كما يأتى : « وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف » . ويلاحظ أن المشروعين التمهيدى والنهائى قد توسعا فيما يصح أن يستغل فى المتعاقد المغبون : الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك . بل ذهباً إلى مدى أبعد ، فصرحا بأن العبرة فى كل هذا ألا يكون رضاه المتعاقد المغبون قد صدر عن اختيار كاف . والمشروعان فيما توسعا فيه يتفقان مع التقنيات الأجنبية الحديثة التى تضمنت نصوصاً عامة فى الاستغلال ، وقد سبقت الإشارة إليها ، ورأيناها تستعمل الألفاظ ذاتها . ولكن عند ما عرض المشروع النهائى على لجنة مجلس الشيوخ آثرت اللجنة ألا توسع فى الاستغلال توسع التقنيات الأجنبية ، وأن تقتصر فيما يصح أن يستغل على الطيش والهوى ، مع اشتراط أن يكون الطيش بيناً والهوى جامعاً ، إمعاناً فى تضيق الدائرة التى يطبق الاستغلال فيها ، خشية من التحكم ، ورغبة فى انضباط التعامل

(١) [انظر : الدكتور توفيق فرج بند ١١٣ ص ٢٨٣ وما بعدها — وبند ١٢٢ ص ٣١٢ وما بعدها] .

واستقراره^(١).

فالعنصر النفسى فى الاستغلال ينحصر إذن فى أن أحد المتعاقدين يستغل فى التعاقد الآخر طينياً نيناً أو هوى جاحكاً . وفى القضاء المصرى أمثلة بارزة على ذلك . فكثيراً ما يعمد رجل طاعن فى السن إلى الزواج من امرأة لا تزال فى مقتبل عمرها ، وليس من النادر أن تعتمد الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى ، ففستكتبه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء ، وقد أسأفنا الإشارة إلى ذلك . وقد تزوج امرأة غنية من زوج شاب عن ميل وهوى ، فيعمد الزوج إلى استغلال الزوجة وابتزاز مالها عن طريق عقود يملها عليها . وقد تشتري امرأة حريتها من زوج قديم تؤثر عليه زوجاً جديداً ، فيطلقها الزوج القديم لقاء مبلغ طائل من المال . وقد يلقي الطيش والنزق بشاب ورث مالا كثيراً فى أيدي المرابين والمستغلين ، فيستكتبونه من العقود ما يجرده من الكثير من ماله ، وهم يستغلون فى ذلك نزقه الشديد وطيئه البين . كل هذه أمثلة ننتزعها من حياتنا المصرية لندلل بها على أن الاستغلال ليس بالأمر النادر ، بل هو شىء يقع فى الحياة ، وإذا وقع كان القضاء فى أشد الحاجة إلى نص يعالج به ما يعرض له من الأفضية فى ذلك^(٢) . وهو إذا ترك إلى

(١) وقد ترتب على تطبيق الدائرة التى يطبق فيها الاستغلال أن أصبحت المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى — وهى المادة التى حذف من المشروع التهاى وتعرض كما أسلفنا حالات خاصة فى الإكراه من حاة الخوف من المطالبة بحق وحياة النفوذ الأدبى وحاة الضرورة — نصاً كان من المفيد استبقاؤه لأن نظرية الاستغلال أصبحت بعد هذا التعديل تضيق بالحالات المشار إليها . وقد قدما أنه يمكن اعتبار المادة ١٧٨ المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإكراه ، فيستغنى عنها بتطبيق هذه القواعد .

(٢) وقد عرضت فعلا هذه الأفضية وأماها على المحاكم المصرية فى ظل القانون القديم فكانت تعالجها فى بعض الأحوال معالجة ناقصة عن طريق تطبيق القواعد العامة (فى الإكراه) أو عن طريق تطبيق قواعد العدالة ، وفى أحوال أخرى كانت تدير وراء القضاء الفرنسى فى نظرية الاستهواء والنساق على الإرادة التى سيأتى ذكرها فيما يلى :

وقد قضت محكمة النفس (الدائرة المدنية) بأنه إذا كان المحكم قد بين قضاءه بطلان عقد البيع على فساد رضاه البائع لكونه متعصماً فى السن ومصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أيضاً أن تضعف لإرادته فيصير سهل الاتياد خصوصاً لأولاده المقيمين معه الذين صدر القدر لهم ، فإنه لا سبيل إلى البطل فى ذلك لدى محكمة النفس لتطه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع الدعوى (٢ يناير سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ من ٢٩٦) . وقضت فى حكم ثان بأنه متى كانت المحكمة قد استأنخت من ولائم الدعوى وظروفها أن =

القواعد العامة يتلخص العلاج في عيب بالذات من عيوب الرضاء ، أو يتلخصه في قواعد العدالة ، كما كان يفعل من قبل في ظل القانون القديم ، فإنه لا يلبث أن يضطرب عليه

== السند المطالب بقيته صدر من المورث بمحض إرادته واختياره ، ولم يؤخذ منه بالاستهواء أو بالنسب على الإرادة وكان هذا الاستخلاص سابقاً ، فلا تدخل محكمة النقض لأن ذلك من سلطة قاضي الموضوع (٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢) . وفي قضية نائلة كانت الزوجة تريد أن يطلقها زوجها حتى تغرب من آخر ، فاستغل الزوج هذه الظروف ، وحصل من زوجته على مال وسندات ومنزل وعقد توكيل وعقد إيجار بما تناهز قيمته خزين ألفاً من الجنيهات ، ثم طلقها ، ولا طمنت الزوجة في هذا التصرف ، قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن ما أعطته الزوجة لزوجها يعتبر بدل خلم ، ولكن الزوجة كانت في حالة اضطراب عند تقرير هذه الالتزامات بنفسها ، وأن الرأي الصواب الذي يتحقق به العدل (أى تطبيقاً لقواعد العدالة) هو تخفيض هذه الالتزامات إلى الحد المناسب (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ ص ٧٢٣) . وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم على أساس أن بدل الخلم في الشريعة الإسلامية يجب أن يكون مقترناً بصيغة الطلاق وأن المسألة على كل حال يجب أن تحال على القضاء الشرعي لفصل فيها (قضى مدنى في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٦٦ ص ١٧٨) . وقد أعيدت القضية إلى محكمة الاستئناف ولكن الخصوم لم يروا البر في الدعوى الشرعية التي قضت محكمة النقض أن تقف الدعوى المدنية بسببها ، وافقوا على تسوية النزاع فيما بينهم .

وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا ثبت أن سند دين صدر من شخص وهو في حالة مرضية كانت حياته فيها مهددة بالخطر مما جعله يفكر في الانتحار ومحاوله مراراً ويبتصر بالنفل ، فضلاً عن كونه في حالة عقلية تجعله ملووب الإرادة ، فتعاقده غير مبي على رضاء صحيح ، ولا تلزم ورثته بوفاء ما تعهد به في هذا السند (٣١ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٨٦ ص ١٦٧) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة الاضطراب التي وجد فيها المتعاقد الآخر للوصول إلى غرض غير مشروع أى إلى التزام باطل ، فالعقد يكون باطلاً للإكراه ، فإذا صدرت عدة تعهدات تحت تأثير ضغط الإرادة ونتيجة استغلال رغبة حادة ، فللمحكمة إقرار التعهدات التي أجازها المتعهد بمحض اختياره بد زوال الإكراه والحكم ببطال ما لم يميزه منها صراحة أو ضمناً (أول ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٦٩ ص ٣٤٣) — انظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ١١٧١ — ومحكمة أسبوط الكلية في ١٢ يونية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ٢٦١ .

هنا ولا كان القانون المدني الفرنسي لا يتضمن نصاً عاماً في الاستغلال ، فقد خلق الفقه والقضاء الفرنسيان نظرية الاستهواء (Captation) أو الاستهواء (séduction) . وقد قصرهما على عقود التبرع دون عقود المعاوضة . ولا نرى فرقاً بين نظرية الاستغلال في عقود المعاوضة ونظرية الاستهواء في عقود التبرع . والجزء في الحالتين واحد هو قابلية المقد للإبطال . والأولى لإدماج نظرية الاستهواء في نظرية الاستغلال واعتبارهما نظرية واحدة . وقد رأينا القضاء في مصر ينجأ إلى نظرية الاستهواء عند ما كانت نظرية الاستغلال تنوزره (قضى مدنى في ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر : رقم ٥٥ ص ١٥٢) وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم — فلان استئناف مختلط في ١٨ مارس سنة ١٩١٧ ==

الأمر ، ويكون بين أن يفسر النصوص على غير ما وضعت له ، أو أن يتحرر منها فينفلت إلى تيه ليست فيه معالم مستقرة ولا ضوابط يسترشد بها في خطاه .

ويلاحظ أن هذا العنصر النفسى يقتضى أن يكون التعاقد للمنبون « لم يبرم العقد إلا لأن التعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً يئناً أو هوى جاعحاً » . ومعنى هذا إن يكون الاستغلال قد وقع من التعاقد الآخر ، وأن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع التعاقد للمنبون إلى التعاقد . ويترب على ذلك أمران : (أولهما) أن إرادة المستغل تكون إرادة غير مشروعة ، فإنها انصرفت إلى استغلال التعاقد المنبون ، وهذا عمل غير مشروع^(١) . وإذا كان المستغل لا يد له فيما أصاب التعاقد المنبون من طيش أو هوى ، إلا أنه قد استغل فيه ما أصابه من ذلك ، وهذا ما يجعل الاستغلال قريباً من الإكراه إذا تهيأت ظروفه مصادفة على ما مر بنا^(٢) . (والأمر الثانى) أن إرادة التعاقد المنبون تكون إرادة معيبة ، فهى إرادة ضلل بها الطيش البين أو ضغط عليها الهوى الجامح ، وقد دفع بها الاستغلال إلى التعاقد ، فالمعيار هنا معيار نفسى كما هو الأمر فى سائر عيوب الرضاء^(٣) .

ووقوع الاستغلال دافعاً إلى التعاقد مسألة واقع لا مسألة قانون ، فلا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن الوصف القانونى لوقائع الاستغلال ، وأن ما يصح استغلاله مقصور على العايش البين والهوى الجامح ، مسألة قانون تبسط عليها محكمة النقض رقابتها .

== م ٥٩ ص ١٦٧ — وانظر آنفاً فقرة ١٩٧ فى الهامش . ويرى الدكتور وديع فرج فى مذكرات له غير مطبوعة التفريق ما بين نظرية الاستغلال ونظرية الاستهواء ، وينهب فى هذا إلى مدى بعيد ، ويقول إن الجزاء فى الاستغلال هو البطالان النسبى أما الجزاء فى الاستهواء فهو البطالان المطلق (أنظر ص ١٣٨ من هذه المذكرات) .

(١) أنظر سالى فى إعلان الإرادة بإريس سنة ١٩٢٩ فقرة ٩٨ على المادة ١٣٨ من القانون الألمانى .

(٢) أنظر سالى المرجع للتقدم فقرة ٩٩ (م ١٣٨ ألمانى) . وانظر آخراً فقرة ٢٠١ .

(٣) [ويلاحظ أن هذه الشروط التى تتطلبها المادة ١٢٩ مدنى لا تنزم فى حالة استغلال السفه أو النقص (المادة ١١٥ / ٢) لأن المقصود بالمادة ١١٥ / ٢ هو الاستغلال بالعمى العام . (انظر رسالة الدكتور توفيق فرج ص ٢٩٦ بند ١١٧ والدكتور حشمت أبو سقيت — طبعة ١٩٥٤ ص ١٣٧ بند ١٤٨)] .

وعلى التعاقد المبنون يقع عبء إثبات هذا العنصر النفسى، إذ هو عنصر مستقل عن العنصر المادى، لا مستخلص منه ولا مفروض. والنص صريح فى هذا المعنى إذ يقول: «وتبين أن التعاقد المبنون لم يبرم العقد إلا لأن التعاقد الآخر قد استقل فيه طليشاً يئناً أو هوى جاعحاً». وهذا بخلاف نص المشروع التمهيدى الذى يحمل العنصر النفسى مفروضاً بوجود العنصر المادى فيقول: «بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المبنون قد استقلت حاجته...».

٢٠٨ — **عقود الاستغفار بعيب الرضاء** : قدمنا أن العنصر النفسى يقتضى أمرين : إن إرادة التعاقد المستقل تكون إرادة غير مشروعة، وأن إرادة التعاقد المبنون تكون إرادة معينة^(١).

فإذا نحن اعتبرنا الأمر الأول، كان العقد الذى أملاه الطرف المستقل عقداً غير مشروع. وإذا نحن اعتبرنا الأمر الثانى، كان هذا العقد ذاته — الذى لم يرض به الطرف المبنون إلا عن ضلال من طليشه أو ضغط من هـواه — عقداً قد داخله عيب من عيوب الرضاء.

بالاعتبار الأول أخذ القانون الألمانى (م ١٣٨)، وجعل عقد المستقل باطلاً بطلاناً مطلقاً لمناقضاته للآداب^(٢). وبالاعتبار الثانى أخذت التقنينات الحديثة الأخرى ومعه القانون

(١) [يرى العلامة ريبير — فيما يتعلق بالنين — أن إبطال العقود للنين يتراوح بين فكرتين : (أولاهما) أن النين قرينة على وجود عيب فى رضا المبنون (غلط — سواء أكان غلطاً تلقائياً أم ناشئاً عن تدليس — أو إكراه). وإن الجسامة المطلوبة فى النين إنما هى مظهر يؤكد هذه القرينة. وهذه المثابة لا يكون النين بذاته هو سبب الإبطال بل هو دليل على وجود هذا السبب، وهو عيب الرضاء. أما (الفكرة الثانية) فوفاها أن مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة يعيب العقد بصرف النظر عن وجود أو عدم وجود عيب فى الرضاء. ذلك بأن التعادل أمر تقتضيه العدالة وانعدامه مناف للأخلاق. (انظر ريبير فى انيسكولوى دالوز ٣ تحت كلمة «غبين» بند ٨). وانظر فى اعتبار النين اقتراساً لمبى فى الرضاء (دى باج ج ١ بند ٦٨ — ٦٩ وييدان ج ٨ بند ٢٤٧ وديموج ج ١ بند ٣٩٤ — ٣٩٧). وانظر فى الانتقال من فكرة النين إلى فكرة الاستقلال دى باج ج ١ بند ٧٣ وهامش ١ فى صحيفة ٧٣. (وراجع فى القانون المقارن : ديموج ج ١ بند ٤٥٦ وما بعده — ودى باج بند ٧٣).]

(٢) (أنظر سالى المرجع المتقدم فقرة ٩٥ — فقرة ٩٧ (م ١٣٨) ألتانى).

المصري الجديد، وجعلت العقد قابلاً للإبطال أو للاقصاص لميب في إرادة المتعاقد للمغبون^(١).

وسنينا هنا أن نقف عند الاعتبار الثاني، وهو الذي أخذ به قانوننا المصري الجديد مقتنياً في ذلك أثر المشروع الفرنسي الإيطالي وكثير من التقنيات الحديثة. فلاستقلال، وفقاً لهذا الاعتبار، لا ينظر إليه على أساس أنه عمل غير مشروع صادر من الطرف للمستغل، بل على أساس أنه عمل من شأنه أن يعيب إرادة الطرف المغبون. ذلك أن المتعاقد المغبون إذا هو استغل فيه طيشه البين كان مضللاً، وكان العيب يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى التدليس أو الغلط. وإذا ما استغل فيه هواه الجامح، كان العيب الذي يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى الإكراه. والأمر في كل ذلك واضح، فإن المتعاقد المغبون لا يتصور أن يكون قد قبل هذا الغبن الفاحش الذي يختل به التعادل بين ما أخذ وما أعطى اختلالاً فادحاً، إلا أن يكون قد وقع في تدليس أو غلط في حالة الطيش البين، أو أن يكون ضحية إكراه في حالة الهوى الجامح. ولكن الغلط والتدليس والإكراه في حالات الاستغلال عيوب لا تتميز تميزاً كافياً حتى يقام الدليل عليها، بل هي عيوب مفترضة، ويمكن في افتراضها أن يقوم الدليل على الاستغلال بعنصره المادى والنفسى. لذلك لم يقتصر الجزاء فيها على قابلية العقد للإبطال، بل وضع بديلاً عن هذا الجزاء في بعض الأحوال جزاء آخر هو قابلية العقد للاقصاص، وجعلت المدة التي ترفع فيها دعوى الإبطال أو دعوى الإقصاص سنة واحدة من تاريخ العقد. تخالفت دعوى الإبطال للاستفسال،

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى: « لم يأخذ المشروع بمذهب التقنين الألمانى فيما يتعلق باستغلال المتعاقد، بل اتقى أثر المشروع الفرنسي الإيطالى. وليس معنى هذا التقنين (الألمانى) أن المغبون قد خضع لتأثير لم يستطع التغلب عليه بإرادته. وإلا كان من أثر ذلك إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء. ولكن يبيى أمر مختلف هو أن الطرف الآخر قد استغل فيمن تعاقد معه ما قام به من ضعف وما اشتد عليه من عوز. فليس يتطوى الأمر على عيب في الرضاء، بل هو يتطوى على عمل مخالف للأداب صدر من المتعاقد الذى حصل على منفعة لا تتناسب مع التزاماته. ولذلك كان الجزاء هو البطان المطلق لا البطان النسبى ... تلك وجهة التقنين الألمانى. وقد آثر المشروع اطراحها واتباع ما اختاره المشروع الفرنسي الإيطالى في هذا الصدد. فلم يعتبر التقنين عملاً مخالفاً للأداب. بل اعتبره عيباً من عيوب الرضاء يستتبع وجوده بطان العقد بطاناً نسبياً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩٠ — ص ١٩١).

بهذا وذلك ، دعاوى الإبطال الأخرى التى تترتب على الغلط والتدليس والإكراه . وهذا ما نتولى الآن بيانه .

ب — الجزاء الذى يترتب على الاستفلال

٢٠٩ — وعريانه : إذا توافرت شروط الاستفلال التى أسلفنا ذكرها « جاز للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » . ويتبين من ذلك أن القانون يرتب على الاستفلال إحدى دعويين : دعوى إبطال ، ودعوى إحاقص .

وسواء طلب المتعاقد المغبون الإبطال أو طلب الإحاقص^(١) ، فإنه يجب أن يرفع دعواه فى « خلال سنة من تاريخ العقد ، إلا كانت غير مقبولة » (م ١٢٩ فقرة ثانية) . والسنة هنا ميعاد لرفع الدعوى لا مدة للتقادم ، فإذا انقضت السنة دون أن يرفع المتعاقد المغبون دعواه ، ورفعهما بعد ذلك ، كانت الدعوى غير مقبولة كما يقضى بذلك صريح النص^(٢) . ويقال عادة فى هذا الصدد إن السنة ميعاد إسقاط (déchéance) لا ميعاد تقادم (prescription) . والفرق بين الميعادين أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف ، بخلاف ميعاد التقادم فيرد عليه الاقطاع والوقف . وتبدأ السنة من وقت تمام العقد^(٣) ، وتحسب بالتقويم الميلادى (م ٣ من القانون الجديد) .

(١) [أى إن التمسك بالاستفلال مطلق على رغبة المغبون ، الذى يمكنه أن يميز العقد ، أو أن يتمسك بإبطاله أو بطلب إحاقصه . انظر فى ذلك وفى إجازة للمغبون للعقد فى حالة الاستفلال : توفيق فرج بند ١٢٠ ص ٣٤٥] .

(٢) [ويقرر الدكتور توفيق فرج — ص ٣٥٨ بند ١٤٦ — أن ميعاد السنة ينطبق أيضاً بالنسبة للإعلان الذى يثار فى صورة دفع] .

(٣) [وينتقد بعض الصراح هذا الحكم . لأن احتساب السنة من وقت تمام العقد قد يفوت على المغبون حقه فى الطعن أحياناً — إذ أن حالة الطلش أو الهوى قد تستمر حتى بعد انقضاء سنة من التعاقد . انظر الدكتور أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام ج ١ بند ١٦٣ — ورسالة الدكتور توفيق فرج ص ٣٥٦ بند ١٢٥] .

والحكمة في أن القانون جعل ميعاد رفع الدعوى في الاستفلال مدة قصيرة ، وجعله ميعاد إسقاط لا ينقطع ولا يقف ، هي الرغبة في حسم النزاع بشأن العقود التي بداخلها الاستفلال ، فلا يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح . وفي هذا حماية للتعاقد واستقرار التعامل . أما دعوى الإبطال في الغلط والتدليس والإكراه فسرى أنها لا تسقط إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (م ١٤٠) ، وهذه المدة هي فوق ذلك مدة تقادم لا ميعاد إسقاط ، فيجوز أن تطول إذا قام بها سبب من من أسباب الاقطاع أو الوقف . والعلة في ذلك أن العطن في العقد بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أمر من الميسور نسبياً تبين وجه الحق فيه ولو طال الزمن إلى ما بعد السنة ، فإن كلا من الغلط والتدليس والإكراه شيء يستطاع التثبت من وجوده بأيسر مما يستطاع التثبت من وجود الاستفلال^(١) .

٢١٠ — دعوى الإبطال : وإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يحميه إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الاستفلال عاب رضاء المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء ، وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا الاستفلال . أما إذا رأى القاضي أن الاستفلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد ، وأن المتعاقد المغبون كان دون استفلال يبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة ، رفض القاضي إبطال العقد ، معاوضة كان أو تبرعاً ، واقتصر على إقصاء الالتزامات الباهظة على الوجه الذي سيأتي بيانه . والخيار ما بين إبطال العقد وإقصاء الالتزامات يسترشد فيه القاضي بملاحظات القضية وظروفها ، فالسألة إذن مسألة واقع لا معقب عليها من محكمة النقض .

ودعوى الإبطال للاستفلال يجرى عليها أحكام دعاوى الإبطال الأخرى ، وسيأتي

(١) ولم يكن المشروع التمييز يفرق في هذا الصدد ما بين دعوى الإبطال في الغلط والتدليس والإكراه ودعوى الإبطال أو الإقصاء في الاستفلال ، فكل هذه الدعاوى كانت تقادم بثلاث سنوات (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٤٧) . ولكن لجنة القانون الذي بمجلس الشيوخ أدخلت التعديل الذي يقضى بهذا التفريق كما مر بنا (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٠٠ — ص ٢٠١) .

ذكر هذه الأحكام عند الكلام في بطلان القصد . ولكنها تتميز عن سائر هذه الدعاوى في أمرين :

(الأمر الأول) المدة التي ترفع فيها الدعوى ^(١) ، وقد مر ذكر ذلك .

(والأمر الثاني) أن الطرف المستغل ^(٢) يجوز له أن يتوقى الحكم بالإبطال في عقود المعاوضات إذا هو عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ على هذا الحكم فقالت : « ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » . فإذا كان القصد معاوضة كالبيع ، وطلب البائع المغبون إبطاله للاستغلال ، جاز للمشتري أن يمرض زيادة في الثمن ترفع الغبن عن البائع . فإذا رأى القاضى أن الزيادة التي عرضها المشتري تكفى لرفع الغبن ، اكتفى بها وامتنع عن إبطال القصد . ومقدار الزيادة الذي يكفى لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضى . ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشيء ، بل يكفي أن تكون بحيث تجعل الغبن الذي يتحملة البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش . وينظر القاضى في تقدير ذلك إلى ملابسات القضية وظروفها ، ولا تعقب عليه محكمة النقض ما دام التسيب وافيّاً . وغنى عن البيان أن ما قدمناه من دفع زيادة ترفع الغبن لتوقى دعوى الإبطال لا ينطبق على عقود التبرع ، فإن من تلقى التبرع لم يدفع أى مقابل تصح زيادته لرفع الغبن .

٣١١ — دعوى انقصاص ^(٣) : وإذا اختار المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته الباهظة

(١) [وطنية هذه المدة (فهي ميداد اسقاط) مفارقة لطبيعة المدة في حالة عيوب الرضا الأخرى (فهي مدة تقادم) كما سبق القول (بند ٢٠٩) : انظر توفيق فرج بند ١٤٣ ص ٣٥٣] .

(٢) [انظر توفيق فرج ص ٣٣٨ بند ١٣٥ حيث يرى أنه كما يجوز ذلك للطرف المستغل فإنه يجوز لمن تلقى الحق عنه] .

(٣) [جرى القضاء الفرنسى على تخفيض المقابل الباعث في بعض العقود (التي تتضمن انخفاً على تقدير أجر بعض الخدمات — كمقد الوكالة والسمرة) — أى أنه قد وصل إلى نفس الحل الذي قرره قنصلتنا المدني من إجازة رفع دعوى الإنقاص إلا أن تبرير هذا الحل كان عللاً لحلاف كبير، وعرضت في شأنه عدة =

ورفع من بادىء الأمر دعوى الإقصاء ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضى رأى الإقتصار على إقصاء التزاماته ، قضى بإقصاء هذه الالتزامات إلى الحد الذى لا يجعلها باهظة^(١) . وهذا أيضاً موكول لتقدير القاضى ينظر فيه وفقاً للملابسات القضية وظروفها ، كما هو الشأن فى الزيادة التى يعرضها الطرف للمستغل لرفع الثمن فيما مر بنا . والمسألة هنا أيضاً مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها . ففى البيع المشوب بالاستغلال إذا رفع البائع للمغبون دعوى الإقصاء ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن رؤى الإقتصار على الإقصاء جاز للقاضى أن ينقص من المبيع القدر الذى يراه كافياً لرفع الثمن الفاحش عن البائع . ولا يشترط هنا أيضاً أن يكون الباقي من المبيع معادلاً للثمن ، بل يكفى ألا يكون هناك غبن فاحش إذا قوبل هذا الباقي بالثمن .

ولا يجوز وقت النظر فى إقصاء التزامات البائع الباهظة أن يعدل القاضى عن إقصاء التزامات البائع إلى الزيادة فى التزامات المشتري ، بأن يزيد فى مقدار الثمن بدلا من أن ينقص فى قدر المبيع ، فإن نص القانون لا يميز ذلك ، ولأنه إذا كان إقصاء مقدار المبيع لا يؤذى البائع بل يرفع عنه الثمن ، فإن الزيادة فى الثمن قد تؤذى المشتري إلى حد أن يؤثر العدول عن الصفقة . وإنما تجوز الزيادة فى الثمن إذا رغب المشتري نفسه فى ذلك بأن ترفع عليه دعوى الإبطال فيتوقاها بعرض زيادة فى الثمن يراها القاضى كافية لرفع الثمن كما مر .

ويجوز الإقصاء فى عقود التبرع التى داخلها الاستغلال كما يجوز الإبطال ، وينقص القاضى التبرع إلى الحد الذى يفتى معه أثر الاستغلال .

== نظريات (انظر رسالة الدكتور توفيق فرج بند ٦٣ — ٧٠) ولئن كان من الصعب تأصيل هذا القضاء فى فرنسا ، إلا أنه مستقر ويبدو أن الزعة الأخلاقية هى التى أوحى به وساعدت على تقبله (ريبير فى إنسكلوبيدى دالوز ج ٣ تحت كلمة «غبن» بند ٢٧) وانظر Perrin فى إقصاء الالتزامات الباهظة — رسالة من باريس ١٩٠٥] .

(١) وإذا صح للقاضى أن يحكم بالإقصاء ولو طلب المتعاقد المغبون الإبطال ، فإنه لا يصح له أن يحكم بالإبطال إذا طلب المتعاقد المغبون الإقصاء . لأن هذا قد قدر مصلحته واقتصر على الإقصاء ، فلا يصح للقاضى أن يحكم بالإبطال وإلا اعتبر أنه قد قضى للنقص بأكثر مما طلب . ويتيق القاضى متقبداً طلب الإقصاء إذا تقدم به المتعاقد المغبون حتى لو كان الطرف الآخر أثر على إقصاء العقد إبطاله ، ذلك أنه لا يستطيع أن يطلب إبطال عقد استغل هو فيه الطرف المغبون .

٢١٢— دفع ملوجه من اعترافه على نظرية الاستفلال : خشى كثيرون من هذا النص العام الذى ورد فى القانون الجديد عن الاستفلال ، ورأوا فيه ما يعرض التعامل إلى التقليل وعدم الاستقرار ، وحسبوا أنه سيكون مصدراً لكثير من المنازعات والدعاوى . ولا نرى ما يبرر هذا التخوف ، فإن القضاء المصرى قد واجه فعلاً أفضية الاستفلال فى الأمثلة التى قدمناها ، وعالجها بالقدر الذى استطاع عن طريق تطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن القواعد العامة لا تكفى هنا ، وأن نصاً عاماً فى الاستفلال ، لا سيما إذا شمل هذا النص حالات الاستهواء أيضاً ، تفرضه الضرورة وتوجيه مقتضيات التعامل . فواجه القاضى ما يعرض له فعلاً من حالات الاستفلال بنص صالح تنضبط به المعاملات ، وتنقطع معه أسباب الخلاف والتردد .

والغريب أن خصوم نظرية الاستفلال يناقض بعضهم بعضاً . فريق منهم يرى أن هذا النص العام فى الاستفلال سيكون مصدراً لكثرة المنازعات والدعاوى^(١) . وفريق آخر يقول على النقيض من ذلك إن النص نادر التطبيق ، وإن أفضية الاستفلال التى طرحت أمام المحاكم فى البلاد التى اشتملت قوانينها على هذا النص كانت من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى^(٢) . وسنرى ما يصير إليه الأمر فى مصر بعد أن تطبق المحاكم المصرية النص الذى اشتمل عليه القانون الجديد^(٣) .

(١) ومن هؤلاء الدكتور وديع فرج إذ يقول فى مذكراته غير المطبوعة (س ١٣٤) ما يأتى : « ولا أباغ إذا قلت إن هذا النص الحاس بالاستفلال سيعرض المعاملات لشيء كبير من التقلع وعدم الاستقرار ، وسيكون مصدراً غزيراً للمنازعات والدعاوى » .

(٢) أظن بلانول وريير وبولانجيه بباريس سنة ١٩٤٩ جزء ٢٠قرة ٢٧١ — وانظر أيضاً مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل Morel فى بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وقيوتها الملزمة : باريس سنة ١٩٤٨ — سنة ١٩٤٩ س ٣٨٧ (وقد سبقت الإشارة إليها آخراً ققرة ٢٠٣ فى الماشر) .

(٣) وغنى عن البيان أن العقود التى تكون قد أبرمت قبل هذا القانون المدنى الجديد يسرى عليها القانون القديم ، فلا تطبق بالنسبة إليها قواعد الاستفلال التى مر ذكرها ، بل يقتصر فيها على تطبيق القواعد العامة على الوجه الذى كان معمولاً به فى القانون القديم . أما العقود التى تكون قد أبرمت منذ هذا القانون الجديد (أى منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فهذه التى تسرى عليها المادة ١٢٩ من هذا القانون .

الفصل الثاني

المحل

L'Objet

٢١٣ — تعريف محل الالتزام: محل الالتزام هو الشيء الذى يلتزم المدين القيام به. والمدين يلتزم كاقدمنا إما بنقل حق عيى أو بعمل أو بالامتناع عن عمل^(١).

والالزام بنقل حق عيى إنما هو التزام بعمل. ولكن لما كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه، فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام بنقل حق عيى هو هذا الحق العيى ذاته. فإذا كان الحق العيى حق ملكية امتزج بالشيء المملوك وأصبحا شيئاً واحداً، فصار الالتزام بنقل الملكية محله هو الشيء ذاته الذى تنتقل ملكيته.

٢١٤ — الشروط الموجبة لتوفرها فى محل الالتزام: يستخلص من نصوص التقنين الجديد (م ١٣١—١٣٥) أن محل الالتزام يجب أن يكون: (١) موجوداً إذا كان شيئاً (أى محلاً لالزام بنقل حق عيى). أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل. (٢) معيناً أو قابلاً للتعين. (٣) قابلاً للتعامل فيه^(٢).

(١) انظر دى باج ج ١ بند ٨٣ ص ٩٣ وما بعدهما — ييدان ج ٨ بند ١٦٢ ص ١١٢ — وفى الفقه المصرى: حشمت أبوسيت طبعة ١٩٥٤ بند ٢٠٢ ص ١٩٠ — سليمان مرقس فقرة ١٣٣ ص ١٧٤ — أنور سلطان فقرة ١٦٥ ص ٢٠٧ — وعبد الحى جازى (النظرية العامة للالتزام ١٩٦٢ ج ١ ص ٢٠٥ بند ١١٣ وما بعده) ، عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٩٨ ص ٢٣٠ .

[ويأخذ الدكتور جازى والدكتور الصدة بالتمييز بين محل الالتزام وهو الأداء الذى يجب على المدين أن يقوم به ، وعمل القصد وهو العملية القانونية التى يراد تحقيقها من وراء ذلك ، وهما يشيران إلى أن القصد قد يقع بإملا لأن العملية المقصودة منه يعرّمها القانون ، كما فى تحريم التعامل فى تركة مستقبلة — مع أن محل كل التزام من الالتزامات التى يولدها القصد يكون فى حد ذاته صحيحاً .

وانظر فى التمييز ما بين محل الالتزام وعمل القصد : ييدان ج ٨ بند ١٦٤ وما بعده ، وهو يضرب مثلاً لتلك عقد الشركة التى يخلف فيه محل التزام كل من الشركاء ، عن محل القصد وهو استثمار المال المشترك فى التجارة (بند ١٨٦)] .

(٢) اقتصر التقنين المدنى القديم فى الكلام على المحل على نص واحد ، هو المادة ١٤٩/٩٥ .

المبحث الأول

المحل موجود أو ممكن

١ — المحل موجود

٢١٥ — معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله قل محل عيني . فالشيء الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود فإذا لم يكن الشيء موجوداً فى هذه الحالة — حتى لو أمكن وجوده فى المستقبل — فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ، ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به .

فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام ، جاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد فى المستقبل .

٢١٦ — المحل المستقبل : رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من التقنين المدنى الجديد صراحة على ذلك إذ تقول : « يجوز أن

تمس على أنه » يجب أن يكون الفرض من التعهد فعلاً ممكناً جازئاً ، وإلا كان باطلاً . فإن كان الفرض منه إعطاء شيء ، وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبايع فيه ونزح تعيينه بالنوع وأن يكون صفة معينة بكيفية تمنع الاعتناء على حسب الأحوال » . وقد اشتمل المشروع التهديد للتقنين الجديد على نص يسرد شروط المحل على هذا النحو ، فنصت المادة ١٨١ من هذا المشروع على ما يأتى : « يجب أن يكون محل الالتزام الذى ينشأ عن العقد أمراً ممكناً ومعيّناً أو قابلاً للتعيين وجزائراً شرعاً ، وإلا كان العقد باطلاً » . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص فى المشروع النهائى اكتفاء بالأحكام الفصلا التى وردت فى المواد التالية (م ١٣١ — ١٣٥) ، (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ م ٢٠٧ فى الهامش) .

يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً»^(١). وقد يبدو أن هذا النص بديهى . فهو يردد حكماً تقضى به القواعد العامة ، إذ ليس فى هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل القابل للتعين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده فى المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامى^(٢) فإن هذه القواعد تقضى بأن التعامل لا يصح إلا فى شيء موجود ، فبيع المعلوم باطل . واستثنى السلم ، وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلية على خلاف القياس ، وقد تأثر التقنين المدنى المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامى فنص فى المادة ٣٣٠ على أن « بيع أثمار الشجر قبل انقضاءها والزرع قبل نباته باطل »^(٣) . من أجل ذلك حرص التقنين الجديد على إباحة التعامل فى الأشياء المستقبلية بنص صريح^(٤) .

(١) أنظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ٢١٧ و الخامس) وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسى الإطالى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفس الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده فى المستقبل . ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكم حالة العقود الاحتمالية ... فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبل . وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين . وليس ثمة محل للتفريق بين بيع الثمار النعقدة وبيع الثمار قبل انقضاءها على نحو ما فعل التقنين المختلط (م ٣٣٠ - ٣٣١) متأثراً فى ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٨) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١/١٣٢ (مطابق) . الليبى م ١/١٣١ (مطابق) . العراق م ١/١٢٩ (موافق) . اللبناني م ١٨٨ (موافق) .

(٢) يقول المعروف من أحكام الفقه الإسلامى لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كابن القيم ، من يقول بمواز التعامل فى الشيء المستقبل إذا امتنع الفرر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص عصول أرضه قبل أن ينبت بسر الوحدة لا بشئ مقدر جزئياً .

(٣) ثم نصت المادة ٣٣١ من القانون المدنى المختلط على ما يأتى : « ومع ذلك فيج الأثمار النعقدة وبيع الزرع الثابت يشمل أيضاً الأثمار التى تنمى والزرع التى ينبت بعد البيع » . أنظر فى القضاء المختلط نظرية المقد للؤلف فقرة ٤٥٧ .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود المحل ، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلية . فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٦) .

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تثبت ، بضمن مقدر جزافاً أو بسعر الوحدة^(١) . وقد قضى التقنين الجديد على ما كان من خلاف في هذا بين التقنين الوطنى والتقنين المختلط . ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ ببناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء ، فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها . فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد . والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج^(٢) .

والواقع من الأمر أن التعامل فى الشيء المستقبل كثير الوقوع فى الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدرأ معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ فى ذلك . وقد يبيع مزارع محاصيل أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأ . وينزل مقالون عن الأجر فى مقالة لم ترس عليه بمد . هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل ، وهى صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل فى الشيء المستقبل ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ١٠٣٣ قرة ٢) أورهناً حيازياً (م ١٠٩٨) وقد يحرم جميع ضروب التعامل فى نوع خاص من المسال المستقبل كما فعل عندما حرم التعامل فى التركة المستقبلية ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

٢١٧ — التركة المستقبلية : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من التقنين الجديد

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع فى الدعوى أن الطاعين باعا المظنون عليه الأقطان الناجمة من زراعتها فى سنة ١٩٥٠ البالغة ٧٥٠ قنطاراً تحت الجز والزيادة ، فإن هذا العقد هو تعاقد على بيع محصول فى المستقبل وهو جائز بحكم المادة ١٣١ من القانون المدنى ، (نص مدنى فى ١٢ من نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض سنة ١٠ رقم ٩٧ صفحة ٦٤١)] .

(٢) وقد يكون البيع الواقع على النتاج بيعاً احتمالياً ، فيصح وجد النتاج أو لم يوجد ، ويرامى ذلك طبعاً فى تقدير الثمن .

على ما يأتي : « غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون »^(١) . وهذه القاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص (بقترنيه) في المادة ١٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يجوز أن يكون عمل الالتزام شيئاً مستقبلاً . ٢ — غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية » . ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدى يميز التعامل في التركة المستقبلة برضاه المورث . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي : « والأصل حظر التعامل في تركة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وفقاً لقواعد التقليدية التي جرى العمل عليها من عهد الرومان . بيد أن المشروع قد استحدث في هذا الشأن أحكاماً هامة ، فأباح التصرف في التركة المستقبلة إذا ارتضى صاحبها ذلك . والمحلى أن علة تقرير البطلان ، وهى الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثه ، ينفي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صرح عنده من الأسباب المعقولة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا أتيح للمورث أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيها بحسب ما يؤول إليهم منها مادام المورث قد أقرم على ذلك (مجموعة الأعمال المضاربة ٢ س ٢٠٥ في المباحث) . وورد في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « ويرد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء يطلق بالتركتات المستقبلية ، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً ، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويراعى أن النص الذى تضمنته المشروع أعم من نص المادة ٢٦٣/٢٣٢ من التقنين الحالى (القديم) حيث يقتصر الحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالى خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل في التركة المستقبلة إذا كان حاصلها برضاه صاحبها . فقد احتذى هنا التقنين مثال أغلب التقنينات الأجنبية ، وقضى ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه لعدم معروعية المحل ، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلاً ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كل أمواله الحاضرة والمستقبلة . أما المشروع فقد اتبع في هذا الشأن مذهباً لا يزال نصيبه من القبول غير كبير (انظر مع ذلك المادة ٦٣٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٣١٢ من التقنين الألمانى ، وكذلك المادة ١٢٧١ من التقنين الأسبانى والمادة ١٣٧٠ من التقنين الهولندى والمادة ٥٨ من التقنين البولونى) ، فاستمدت فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا في التصرف وارتضاء . وليس يمكن لإتمام التعاقد في هذه الصورة رضاه المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضاه المورث ، ويجب أن يكون رضاه الجميع ثابتاً في عقد رسمى . وإذا كان التصرف لا ينقد إلا باجتماع إرادات ثلاث ، فهذه الحالة نظير في التقنين المصرى الحالى (القديم) ، فغاية الحق لا تعتمد إلا إذا اقرن رضاه المحال عليه برضاه طرفي الحوالة . وعلى هذا النحو يكون التعامل في التركات المستقبلية قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة في تطوره . فقد كانت الفكرة في مبدأ الأمر حماية الوارث ، ولهذا شرع البطلان النسبى لمصلحته . ثم اعتبر البطلان جديداً مطلقاً لخالفه التصرف للآداب من حيث استنكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . واتجه الأمر بالمشروع ، والتقنينات التي اتبعت منها ، إلى وضع المسألة وضماً جديداً . فكل تصرف يرد على تركه مستقبلي لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا مدعى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركته . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في التصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيلاً باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً =

الرومانى ، فقد كان هذا القانون يعد التعامل فى التركات المستقبلية مخالفاً للآداب لأن من يتعامل فى تركه شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ، ويمده كذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خليف أن يفنى ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان عند ما حرموا التعامل فى التركة المستقبلية كانوا ينظرون إلى مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا فى العقد . أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً ، فإن الوارث الذى يتعامل فى تركه مستقبلية يفلب أن يكون نزقاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال فى الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل

== للآداب . وغنى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح إضافات لها ، بشرىك ، نفعها من الناحية العملية ، ولا يحول دون الإفادة منها إلا المخطر القائم . فللورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وعواقبته أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأبقى من قسمة يجرىها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليمة لإرادتهم . كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بخفضى قواعد الميراث (مجموعة الأعمال التوضيحية ص ٢٠٨ — ص ٢٠٩) .

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأيت لجنة المراجعة أن تعدل عن هذا التعديل ، وأن تعود إلى الحكم القديم فى تحريم التعامل فى التركة المستقبلية ولو برضاء المورث ، فصدلت نص المشروع التهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يجوز أن يكون على الالتزام شيئاً مستقبلاً . ٢ — غير أن التعامل فى تركه لإنسان على قيد الحياة باطل إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون » . وقد لوحظ فى الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل فى التركة المستقبلية برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها التقنين الجديد بنصوص صريحة ، فتحقق بذلك ما كان مقصوداً ، ولا ضير بعد هذا من المحافظة على تقاليد التقنين القديم فيما يماور هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة ١٣٥ فى المشروع التهنائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضيف إلى الفقرة الثانية عبارة « ولو كان برضاء » زيادة فى الإيضاح ونسجاً على منوال التقنين القديم . وأصبح رقم المادة ١٣١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التوضيحية ، ص ٢٠٦ — ص ٢١١) واطر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى — واطر المادة ٣١٢ من التقنين الألمانى والمادة ٦٣٦ من تقنين الالتزامات السويسرى .

هنا وقد كان التقنين المدنى القديم يتضمن نصاً مماثلاً لنص القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل . فكانت المادة ٣٣٢/٢٦٣ تنص بأن « بيع الحقوق فى تركه لإنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاء » . ولكن الفقه والقضاء فى مصر كانا يعتبران هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة فى تحريم كل ضروب التعامل من بيع وغير بيع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٠٦) .

وبقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢/١٣٢ (مطابق) — الليبى م ٢/١٣١ (مطابق) — العراق م ٢/١٢٩ (مطابق) — لبنان م ٢/١٨٨ (موافق) .

أن يملكه في المستقبل . فتحريم هذا التعامل تقرر حماية له من تزقه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الرومانى . وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل فى تركة مستقبلية باطل ، أياً كان الطرفان ، وأياً كان نوع التعامل . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى التقنين المدنى القديم ، ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً فى هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلية ، ومن يكون طرفاً فى التعامل فيها ، وضروب التعامل التى ترد عليها .

فالتركة هى مجموع ما للانسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلية . والتعامل المحرم هو الذى يقع على تركة مستقبلية فى مجموعها أو فى جزء من هذا المجموع أو فى مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة^(١) . ويستوى أن

(١) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح . وعلى ذلك لا يعتبر باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف فى كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملًا فى تركة مستقبلية . ولا يعد تعاملًا فى تركة مستقبلية أن يؤجل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أمله فى سداد الدين من التركة التى سيرثها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فليس فى هذا تعامل فى مال يدخل ضمن تركة مستقبلية ، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التقاعد باطلاً حتى لو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن لستحق فى وقت قد حصل على أن يكون المستحق التالى فى الوقف كفيلا لمدنيه توقفاً لموت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال فى تركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على ألا طالب بشىء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل فى تركة مستقبلية وقد اقترنت الهبة بشرط لصالح الأخت (محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية فى ١٨ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٠ ص ٩٩) .

ولكن يعد تعاملًا فى تركة مستقبلية أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن فى أية وصية تصدر من المورث لأحدهم أو لأجنبى ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأى منهم باطلة . كذلك يعد تعاملًا فى تركة مستقبلية تصرف لا يحدد فيه الوارث تركة بناتها بل يبيع حقوقه فى أية تركة تؤول إليه ، وإلزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد .

تأتى التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية . فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلية كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلاً .

أما الطرف الذى يقع منه التعامل في التركة المستقبلية فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في التركة المستقبلية^(١) . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع في نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانونى ، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهى تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصى وفي أنها لا تجوز إلا في حدود معينة . والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام . فإذا أبجنا للمورث التعامل في تركته المستقبلية استطاع أن يحمي هذه الأحكام^(٢) .

(١) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في تركة مورته — وهذا يبيع باطل لأنه تعامل في تركة مستقبلية — وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملك في الحال — وهذا يبيع ملك الغير وهو قابل للاجتماع . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً لمورته واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المحتملة في تركة مستقبلية ، وكان البيع باطلاً (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٤٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التورث لمن لهم الحق فيها شرعاً ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتجمل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تلغىه الإجازة ، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شيء يسحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة الصرف في حق الإرث قبل اهتاجه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جيع هذه الإضافات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد يبيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجه مثل هذا العقد لتتملك هى ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكييف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والفرر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان =

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلة محرم كما قدمنا . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه للمستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يصالح عليه ، أو ينزل منه بإرادته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره^(١) ، أو أن يجري عليه أى نوع من أنواع التعامل ما أجازره القانون بنص صريح ، وذلك كالوصية (م ٩١٥ جديد) وقسمة المورث (م ٩٠٨ — ٩١٣ جديد) .

٢§ — المحل ممكن

٢١٨ — **المحل ممكن يقابل الوجود** : رأينا في الالتزام الذى يكون محله نقل حق عيني أن الشيء الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذى يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك ، فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً ، فإن الالتزام لا يقوم ، ويكون المقد

== ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه . ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه ما دام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقي المحرمة شرعاً (قس مدنى في ١٤ يونيو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ س ٤٤٩) .

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث من أن يبيع لوارثه في الحال مالا مملوكاً له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تاملاً في تركة مستقبلة ، بل هو تصرف في مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلفه المورث من الأموال بعد موته ، وأن قيد التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث . وأما قبل ذلك فملك الأهل حراً التصرف في ملكه ، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان وريثه أو تعديل أنصبتهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً ببب . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (قس مدنى في ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٢ س ١١٣٨) .

(١) فإذا شهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه في تركة كان عقده باطلاً (محكمة النقض الفرنسية في دورتها الخمسة في ٢ يولي سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ — ١ — ٥٥٣) .

[واقتل في تحريم التعامل في التركات المستقبلة : الدكتور عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٢٣٠ بند ١٤٥ وما بعده] .

باطلاً ، لأنه لا التزام بمستحيل (à l'impossible nul n'est tenu) . وقد نصت المادة ١٣٣ من التقنين المدني الجديد على ذلك إذ تقول : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً »^(١) .

٢١٩- **الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية :** والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته كما تنص المادة ١٣٣ ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم فحسب ، فقد يلتزم شخص بعمل في يكون مستحيلاً عليه هو

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص في المادة ١٨٣ من المشروع التهدي على الوجه الآتي :
« ١ — إذا كان محل الالتزام الذي نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة ، كان العقد باطلاً .
٢ — أما إذا كان الأمر مستحيلاً على المدين دون غيره ، صح العقد وأُزِم المدين بالتعويض لعدم وفائه بهمه . » . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فالحل غير موجود في الواقع . ولا يكون للالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للمتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أي فاصرة على الملتزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على ثقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي ، إن كان ثمة محل لتلك . وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذكر القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستسكان من التطبيقات الجزئية . فبعض هذه التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع ، وببعضها من اليسر أن يسقط من المبادئ العامة (أنظر المادة ٣٠٧ من التقنين الألماني والمادة ٢٠ من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين ٥٦ و ٥٧ من التقنين البولوني الخ . . . على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجبلها من المتعاقدين بالتعويض) . » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلاً في ذاته ، وأصبح النص كما يأتي : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً » . وأصبح رقم المادة ١٣٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة التأويل المدني لمجلس الشيوخ قبل لأن المراد من أن الأمر يكون « مستحيلاً في ذاته » هو أن يكون مستحيلاً استحالة مطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (بمجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١١ — م ٢١٤) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٣٣ (مطابق) — الليبي م ١٣٢ (مطابق) — العراقي م ١٢٧ (موافق) — اللبناني م ١٩١ (موافق) .

أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه . ففي هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام ، ويكون المدين مسئولاً في هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه ولتسرعه في أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطيقه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له . ففي كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسئولاً عن التعويض على النحو الذى قدمناه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهى ما رجعت إلى الالتزام فى ذاته كما رأينا^(١) ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التمهيد بهذا الالتزام ، ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقض بنشئها بعد أن وجد ، فتبرأ ذمة المدين ، ولكن يبقى مسئولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير

(١) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام فى ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة استحالة موضوعية (impossibilité objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية (impossibilité subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض .

ومن ثم فيبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية فى هذا البيع مستحيلاً على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل فى ذاته ، ويستطيع المالك الحقيقى ، بل يستطيع من البائع إذا أصبح مالكا ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام . ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلاً للابطال (م ٤٤٦ من القانون المدنى الجديد) لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ .

[راجع حشمت أبو سفيان ققرة (٢٠٥) ص ١٩٢ وأتور سلطان ققرة ١٧٤ ص ٢١٦ وعبد المنعم خراج الصمد ققرة ٢٠٠ ص ٢٣٢ وفرن سليمان مرقس فى مصادر الالتزام ققرة ١٣٧ ص ١٧٩ حيث يرى أن المقصود بالاستحالة الموضوعية أن يكون تقدير الاستحالة بمقياس موضوعى هو معيار الرجل المعتاد وإذا وجد فى مثل ظروف المدين الخارجية التى تم فيها التمهيد — أى الظروف المنظورة والقروض حتماً أن يملأها القائل وهو يرى أن هذا المقياس يؤدى إلى اعتبار التزام بائع ملك الغير مستحيلاً استحالة موضوعية لأن الرجل المعتاد إذا لم يكن مالكا لا يبيعه يستحيل عليه وفاة التزامه بنقل ملكية المليم] .

في جانبه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك ، أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له . وإنما تجعله في الحالتين قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام المتزعم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلا ، وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين^(١) .

٣٣٠ — **استحالة الطبيعة والاستحالة القانونية :** والاستحالة في الأمثلة التي قدمناها استحالة طبيعية . وقد تكون الاستحالة قانونية ، أى ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض . ففي مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنتهى الالتزام إذا جددت بعد ذلك ، وينبئ على ما تقدم أن تعهد المحامي برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذى يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً في جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامي ترك الميعاد يتقضى دون أن يرفع الاستئناف فأصبح رفعه مستحيلاً . فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه المعنى مستحيلاً ، فيكون المحامي مسئولاً عن التويع .

(١) وقد تكون الاستحالة المطلقة لوجود العقد قوة ظاهرة ، إذا ما لم ترجع إلى تقصير من المتزعم ، فيتقضى الالتزام بها ، وينسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين [أظن قس مدنى في ١٩ نوفمبر ١٩٥٩ بمجموعة أحكام النقض السنة (١٠) رقم ١٠٣ ص ٦٧٧] .

المبحث الثاني

المحل معين أو قابل للتعين

٢٢١ — **النصوص القانونية :** نصت المادة ١٣٣ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

« ١ — إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً » .

« ٢ — ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » ^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٤ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي :

« ١ — يجب أن يكون الشيء محل الالتزام معيناً بذاته ، أو بنوعه ومقداره . ٢ — ويكفي أن يكون الشيء معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . وفي لجنة المراجعة قرر إدخال بعض تعديلات لفظية ، والنس على حكم الإعلان بعد أن استغنى عن المادة ١٨١ من المشروع ، وحذف عبارة « صراحة أو ضمناً » من الفقرة الثانية لأن الاتفاق الفسخي يندرج تحت عبارة « استخلاص ذلك من أى ظرف آخر » وإضافة العرف كتخصيص يليه تعميم في عبارة « من أى ظرف آخر » فاصبح النص كالآتي : « ١ — إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلاً . ٢ — ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . وأصبح رقم المادة ١٣٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢١٤ — ص ٢١٧) .

أظهر المادة ١٩٠ فقرة ٢ من التقنين اللبناني والمادة ٢٤٣ من التقنين الألباني .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٣٤ (مطابق) — الليبي م ١٣٣ (مطابق) — العراق م ١٢٨ (موافق) — اللبناني م ١٨٩ — ١٩٠ (موافق) .

ونصت المادة ١٣٤ على ما يأتي :

« إذا كان محل الالتزام قوداً التزم للدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه القود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر »^(١).

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في الحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين . فإذا كان الحل قوداً ، وجب أن تكون هى أيضاً معينة أو قابلة للتعين ، أما قيمة هذه القود إذا تغيرت فليس فى الأصل لتغيرها أى اعتبار .

فتكلم : (أولاً) فى كيفية تعيين الحل (ثانياً) فى تعيين محل الالتزام إذا كان قوداً.

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٦ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى :

« ١ — إذا كان محل الالتزام قوداً فلا يكون للدين ملزماً إلا بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه القود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر مالم ينفق المتعاقدان على خلاف ذلك .

٢ — إذا لم يكن للتقد الدين فى العقد سعر قانونى فى مصر جاز للدين أن يبنى دينه بقود مصرية بسعر القطع فى الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء . فإذا لم يكن فى مكان الوفاء سعر معروف للقطع ، فيسعر قطعها فى أقرب سوق تجارية . كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بشىء ذلك . ٣ — إذا تأخر الدين عن الوفاء فى ميعاد الاستحقاق بتقصير منه كان ملزماً بفرق السعر ، دون إخلال بجوائد التأخير » . وفى لجنة المراجعة اقترح حذف النص كله لأنه يقرر حكماً فى مسائل اقتصادية يحسن تركها لقانون خاص ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على ذلك مع استبقاء الفقرة الأولى على أن يمحذف منها العبارة الأخيرة « مالم ينفق المتعاقدان على خلاف ذلك » ، فأصبح النص الذى أقرته اللجنة هو ما يأتى : « إذا كان محل الالتزام قوداً التزم للدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة القود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » . وأصبح رقم المادة ١٣٨ فى المشروع الثانى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل ، وكذلك فعلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٢١٨ — ص ٢٢٢) .

انظر المادة ٢٤ من المشروع الفرنسى الإطالى . هنا وقد كان التقنين المدنى القديم يتضمن النص الآتى (م ٤٧٤/٥٧٧) : « إذا كان الشئ المستأجر قوداً لزم رده بين قيمته المدعية ، أى كان اختلاف أسعار المسكوكات التى حصل به وقت المارية » . وهذا النص لا يختلف فى المعنى عن النص الجديد ، وإن كان مقصوداً على عقد القرض .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٥ (مطابق) . اللي م ١٣٤ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

٥ ١ — كيفية تعيين المحل

٢٢٢ — تعيين محل الالتزام إذا كان عملاً أو متناعاً عن عمل : إذا التزم شخص أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل وجب أن يكون ما التزم به معيناً . فإذا تعهد مقاول ببناء وجب أن يتعين هذا البناء أو وجب على الأقل أن يكون قابلاً للتعيين . وقابليته للتعيين ترجع إلى الظروف التي تستخلص منها نية طرفي الالتزام . فإذا التزم المقاول بأن يبني مستشفى أو مدرسة أو منزلاً للسكنى أو منزلاً للاستغلال أو نحو ذلك ، فإن ظروف التعاقد يصح أن يستخلص منها العناصر اللازمة لتعيين البناء المطلوب^(١) . أما إذا اقتصر المقاول على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يبين أى نوع من البناء هو ، كان المحل غير معين وغير قابل للتعيين ، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه في حكم المعلوم .

٢٢٣ — تعيين محل الالتزام في الشيء موضوع الحق العيني : وإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني على شيء ، وجب كذلك أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين . وهنا يجب التمييز بين الشيء للمعين بالذات والشيء غير للمعين .

فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة ، فيوصف الشيء وصفاً يكون مانساً للجهالة ، فإذا باع شخص منزلاً ، وجب أن يبين موقع هذا المنزل في أية جهة هو وأن يذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل الأخرى . وإذا باع أرضاً ، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها . وإذا باع سيارة معينة بالذات ، وجب أن يبين أية سيارة يبيعها وأن يذكر أوصافها المميزة . لا سيما إذا كان البائع عنده أكثر من سيارة واحدة . وقد طبقت المادة ٤١٩ من الترتين الجديد هذه القاعدة في صدد عقد البيع ، فنصت على أنه : « يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن يكون على الالتزام متعيناً ، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين (قضى مدني ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥ من ٢٦)] .

كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .

أما إذا كان الشيء غير معين بالذات ، وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره ، كأن يذكر مثلاً أن المبيع قطن من نوع الأشموني وأن مقداره عشرون قنطاراً . فإذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد ما يستطيع به تحديده ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو المدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة .

وكثيراً ما يترك تعيين الحل للمأولف أو للعرف ، كما إذا قام متجر بتوريد سلعة لعميل له دون أن يبين الثمن ، أو قام صانع بعمل دون أن يحدد أجره .

وقد يقتصر التمييز على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً ، فلا يكون جيداً حتى لا يفنئ الدين ، ولا يكون رديئاً حتى لا يفنئ الدائن^(١) .

(١) وقد يترك تعيين الحل لأجنبي كما إذا باع شخص شيئاً بترك تقديره لحكم . فإذا قدر المحكم الثمن كان تقديره ملزماً للمتاعدين ، وطام التزام المشتري على عمل معين . أما إذا لم يقدره فلا يجوز للقاضي أن يقوم مقامه في التقدير ، لأن عمل القود لا يدخل في مهمة القاضي ، فيبقى الثمن غير معين ، ويكون البيع باطلاً . ولا يجوز ترك تعيين الحل لإرادة أحد المتاعدين المحضة إذ يصبح التعاقد الآخر تحت رحمته ، إلا إذا كانت عناصر التعيين مرفوعة بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم .

[انظر الدكتور عبد الحى حجازى : المرجع السابق بند ١٢٢ — ١٢٥] .

هذا وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص يبرر لهذه المسائل هو المادة ١٨٥ من هذا المشروع ، وقد جرت على النحو الآتى : ١ — إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتاعدين أو لأجنبي عن التعاقد ، فيجب أن يكون هذا التعيين قائماً على أساس عادل . فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم من القضاء . ٢ — ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبي عن التعاقد وللخصم الاختيار ، فإن العقد يصبح باطلاً إذا لم يستعمل هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يتم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي لعدم ضرورة

§ ٢ — تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً

٢٢٤ — تعيين النقود — العملة الورقية ذات السعر القانوني : إذا كان محل الالتزام نقوداً ، وجب أن تكون هي أيضاً معينة بنوعها ومقدارها شأن أى محل للالتزام . فيلتزم اللدين مثلاً أن يؤدي للدائن مقداراً معيناً من الجنيهات المصرية أو من القروش أو من اللاليم . وتقضى المادة ١٣٤ — كما رأينا — بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً يلتزم اللدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر . ويترب على ذلك أن اللدين يلتزم بأداء المقدار المتفق عليه من النقود ، سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت . فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن ، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة اللدين . وليس من اللازم أن يؤدي اللدين النقود من النوع المنصوص عليه في العقد ، جنيهات أو قروشاً أو ملاليم ، بل إن اللدين يؤدي دينه عادة بنقد ذى سعر قانوني (cours légal) يساوى القدر المتفق عليه ، فيؤديه عملة ورقية إذا تقرر لها سعر قانوني .

والأصل في نظرنا أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانوني وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع اللدين على غير ذلك ، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامي (cours forcé) فالسعر القانوني وحده كاف لجعل الدائن يستوفي حقه . ومهما يكن من خلاف في هذه المسألة فإن الخلاف ليست له أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامي ، فإن الدائن الذى يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق في أى وقت شاء .

== لمالات تفصيلية قليلة الأهمية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٥ — ص ٢١٦ في الماشى) . وبعد حذف النص لم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالفت فيه القواعد العامة التى تقدم ذكرها . انظر أيضاً في هذا الموضوع المواد ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩ من القانون الألمانى ، وعن هذه المواد اتجهس المصروع التمهيدى المادة ١٨٥ التى حذفتها لجنة المراجعة .

٢٢٥ — العملة الورقية ذات السعر الإلزامي (سُرط الذهب) : فإذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامي ظهرت خطورة للسائلة ، لأن العملة الورقية ذات السعر الإلزامي تكون قيمتها الاقتصادية أقل من قيمتها القانونية ، وتنفص هذه القيمة الاقتصادية كلما زاد التضخم . فإذا استوفى الدائن حقه ورقاً فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام السعر الإلزامي . وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولاً فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك . لهذا جرت العادة أن يشترط الدائن استيفاء حقه ذهباً ، وهذا ما يسمى بشرط الذهب (clause d'or) فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب (payable en or) أو بما يعادل قيمة الذهب (payable en valeur or) . . فهل يعتبر هذا الشرط صحيحاً ؟ نرى أن ذلك لا يجوز في المعاملات الداخلية ، وأن الشرط يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ، وأن القصد الذي تضمنه هذا الشرط يكون باطلاً كذلك إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسي على التعاقد . ونحن في هذا الرأي نتفق مع القضاء الفرنسي ^(١) ومع جمهرة من الفقهاء الفرنسيين ^(٢) .

(١) حكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ٢٥ — وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ — ١ — ٤١ (مع تعليق هير Hubert) — حكمة باريس الاستئنافية في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥ — ٢ — ١١٥ — وفي ١٣ أبريل ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٠٥ .

(٢) أوبري ورو الطبعة الخامسة ٤ ص ٣١٨ — ص ٣٦٠ — كاييتان في دالوز الأسبوعي سنة ١٩٢٦ باب الثلاث ص ١ وص ١٧ وص ٣٣ ، وسنة ١٩٢٧ ص ١ ، وسنة ١٩٢٨ ص ٥٣ — ديموج في مقال له في جريدة مونتق المقود (Journal des notaires) سنة ١٩٢١ ص ١٣٧ ، وسنة ١٩٢٣ ص ٩٧ — جيز في مقال له في مجلة العلم والتشريع المالي (Revue de science et de législation financières) سنة ١٩٢٤ ص ٥ — ليون كان في تطبيقه في سيريه ١٩٢٠ — ١ — ١٩٣ — سافانييه جازيت دالوز ١٩٢٤ ص ٨٩ وتطبيقه في دالوز ١٩٢٦ — ٢ — ٨٩ و ١٠٥ و ١٥٣ وسنة ١٩٢٧ — ٢ — ١٥٣ و ١٥٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٢ فقرة ١١٦٨ . على أن كثيراً من الفقهاء يذهبون إلى عكس هذا الرأي ويقولون بصحة شرط الذهب حتى في المعاملات الداخلية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٥ — ديويش (Dupuieh) ، في تطبيقه في دالوز ١٩٢٠ — ١ — ١٣٧ — جتي في مجلة القانون المدني ربح السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٥٥٧ وسنة ١٩٢٨ ص ٥ — لالو (Lalou) ، في تطبيقه في دالوز سنة ١٩٢٤ — ٢ — ١٧ و ٩٧ — وسنة ١٩٢٦ — ٢ — ٩٥ و ٩٦ — ماتر (Mater) في مجلة قانون البنوك (Revue du droit bancaire) ص ١٩٣ و ٢٨٩ و ٢٠٠ — جوسران ٢ فقرة ٨٥٩) .

وما يؤيد ما نذهب إليه أن الفرض من تقرير السعر الإلزامي هو إعطاء الورق قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب ، فينعدم الفرق بين الورق والذهب في نظر القانون ، ويجب أيضاً أن ينعدم في نظر الأفراد ، لأن القانون إنما أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد في البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي إنما يبطل « شرط الذهب » في المعاملات الداخلية في فرنسا . أما في المعاملات الخارجية ، وهي التي تقتضي خروج العملة من فرنسا أو دخولها فيها ، كما إذا صدر تاجر في فرنسا بضاعة إلى الخارج أو استورد بضاعة من الخارج ، وكما إذا عقدت دولة قرصاً في أسواق أجنبية ، فإن « شرط الذهب » يكون صحيحاً . وذلك لأنه إذا استطاع القانون الفرنسي أن يعتبر قيمة العملة الورقية معادلة لقيمة الذهب فليس

== هذا وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً في هذه المسألة هو المادة ١٨٧ ، وقد جرت بما يأتي : « ومع ذلك إذا تقرر سعر لإزاي للنقد الورقي فلا يجوز الاتفاق على الوفاء بالنقد المعدنية أو بالنقد المصرية محسوبة بسعر الذهب ، ولكن يجوز الاتفاق على أن يكون الوفاء بنقد أجنبية محسوبة بسعر قطعها » . وفي هذا النص تحريم لشرط الذهب . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ولها يعتبر اشتراط الدفع بالذهب أو على أساس قيمة الذهب باطلاً في حالة تقرير سعر لإزاي (حتى في المعاملات الدولية : المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ — قانون القانون الفرنسي في ٢٥ يونية سنة ١٩٢٨) . والقانون السنوي للتصريح الفرنسي سنة ١٩٢٨) . ويترب على بطلان الشرط بطلان النقد بأمره إذا كان الشرط هو المانع المانع على التعاقد . ومع ذلك فيجوز الاتفاق على أن يتم الوفاء بنقد أجنبية تحسب بسعر قطعها إذا كان الدين قد عقد بنقد أجنبي . وليس في هذا مساس بنص القانون لأن النقد الأجنبي ليس له سعر لإزاي أصلاً . ثم إن المدل يقضى من ناحية أخرى بأن يتم الوفاء في المعاملات الدولية على أساس سعر القطع الذي يمثل العلاقة بين النقد الوطني والنقد الأجنبي » . وقد حذف لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي في المشروع النهائي لأنه يقرر حكماً في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص — (مجموعة الأعمال ٢ ص ٢١٨ — ص ٢١٩ في الماشح ص ٢٢٠ — ص ٢٢١) وسنرى فيما يلي أن هذا القانون المماس الذي تركت المسألة لحكمه هو المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، ويبطل هذا القانون شرط الذهب حتى في المعاملات الخارجية (الدولية) . ويطلب أن تترك التقديرات مسألة التعامل بالنقد الأجنبية إلى تشريعات خاصة . وقد نصت المادة ١٣٥ من القانون المدني السوري الجديد على أنه « إذا كان على الالتزام قوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في القود دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه القود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر ، ما لم ينس القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبي » .

هذا التعادل إلا اعتبارياً ، ولا يستقيم هذا الاعتبار إلا في المعاملات الداخلية حيث ينسبط سلطان المشرع ويصبح الأخذ باعتباره واجباً . أما في المعاملات الخارجية فالذهب وحده هو العملة الثابتة ، ولا ينفذ اعتبار المشرع في غير بلده ، وكل اتفاق يشترط الوفاء بالذهب يكون إذن مشروعاً^(١) .

٢٢٦ — شرط الذهب في القانون المصري : أما في القانون المصري فقد مر القضاء بحريتين :

(المرحلة الأولى) في ظل المرسوم (القانون) الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ . وقد قضى هذا المرسوم بأن يكون للعملة الورقية التي يصدرها البنك الأهلي قيمة الذهب — وهذا هو السعر القانوني — وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب — وهذا هو السعر الإلزامي — وبأن ما يدفع من تلك الأوراق (لأي سبب وبأي مقدار) يكون دفعاً صحيحاً وموجباً لبراءة الذمة كما لو كان الدفع حاصلًا بالعملة الذهبية ، بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط أو الاتفاقات الحاصلة أو التي تحصل بين أصحاب الشأن ، أي سواء كانت هذه الشروط أو الاتفاقات موجودة قبل صدور المرسوم أو وجدت بعد ذلك . والنص كما نرى صريح في أن شرط الذهب باطل إطلاقاً ، ولم يميز المرسوم في ذلك بين

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ٤١ وفي ٣ يولية سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣١ — ١ — ٥ وفي ٢ يولية سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٥ — ٤٥٧ — وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (Sem. Jur.) ١٩٤٣ فقرة ٢٦٧٠ — محكمة بورديو الاستئنافية في ٢٣ مايو سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٣ — ٢ — ٦ — محكمة باريس الاستئنافية في ١٦ أبريل سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٠٥ — وفي ٩ يولية سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ — ٥٣٧ — وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ — ٩ — محكمة بيزانسون الاستئنافية في ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ سيرييه ١٩٢٩ — ٢ — ٥٥ . هذا وقد أيد المشرع الفرنسي وجهة نظر القضاء في هذا الموضوع قنص صراحة على اعتبار شرط الذهب صحيحاً في المعاملات الخارجية (أنظر قانون ٢٥ يولية سنة ١٩٢٨ وقانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧) . أنظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وجابولده فقرة ١١٨٠ وقرة ١١٨٥ — جوسران ٢ فقرة ٨٦٠ مكررة — كولان وكليتان الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ فقرة ٤٩٢ .

المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ، بل إن هذا التشريع جعل له أثر رجعي ، فهو يبطل شرط الذهب في عقد تم قبل صدوره كما يبطله في عقد تم بعد صدوره .

ولكن بالرغم من صراحة النص انقسم القضاء المصري في شأن شرط الذهب . فبعض الأحكام قضى ببطلانه ، وبعض قضى بصحته ، وبعض جرى على نهج القضاء الفرنسي فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلا والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحاً^(١) .

(المرحلة الثانية) وبقي القضاء المصري يواجه شرط الذهب مضطرباً غير مستقر حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ . وقد أراد المشرع المصري بهذا القانون أن يحسم ما نشب من خلاف في تفسير الرسوم الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بصد

(١) انظر في معنى البطلان محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ من ١١٢ — وفي معنى الصحة محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ١٨٢ — وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٢٥٦ — وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٢٩١ — وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ من ٥٣ — وفي معنى التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٣٥ — وفي ١٣ يولية سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٣٣١ .

وكانت بعض المحاكم الكلية المختلطة تجزئ أحكام مرسوم سنة ١٩١٤ ، فذهب حكاك وما اللذان يقرران السر القانوني والسر الإلزامي لأوراق البنك الأهلي ينفذان على الأجانب دون حاجة لموافقة الجمعية التفسيرية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، لأنها صادرا من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة ، وأما الحكم الثالث وهو الذي ينس على بطلان شرط الذهب فلا ينفذ على الأجانب في رأي هذه المحاكم لأنه لم يصدر من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة ، وهو يتناقض مع المادة ١٤٩ من القانون التجاري المختلط التي تقضي بأن ولاء الكميالة يكون بالعملة التي تذكر فيها ، ولم توافق عليه الجمعية التشريعية . انظر في أحكام المحاكم المختلطة في هذا المعنى محكمة اسكندرية الكلية في ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ من ٢٥٥ — وفي ٤ أبريل ١٩٣٣ جازيت ٢٣ من ٢٥٦ — محكمة مصر الكلية في ٨ يولية سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ من ٢٥٧ — وفي ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ من ٢٦٢ (قضية الدين العام) . ومع ذلك أصدرت محكمة اسكندرية الكلية المختلطة في ٣ مارس سنة ١٩٣٤ حكماً قضت فيه بأن مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ يدخل في أعمال السيادة وذلك في جميع أحكامه ورتبت على ذلك أن شرط الذهب يكون باطلا (انظر في هذا الحكم وفي غيره من أحكام أخرى نظرية القعد المؤلف من ٥١٥ حاشية رقم ١) .

المسألة التي قام فيها الخلاف الجوهري ، وهي قيمة شرط الذهب في المعاملات الخارجية أو المعاملات ذات الصبغة الدولية . ذلك لأن المعاملات الداخلية لم يقيم في شأنها خلاف جدى ، إذ كان واضحاً أن شرط الذهب يجب أن يكون باطلاً في هذه المعاملات . وكذلك يجب أن يكون باطلاً في المعاملات الخارجية ، وقد صرح بذلك قانون سنة ١٩٣٥ ، لأن النص الذى ورد في مرسوم سنة ١٩١٤ فى بطلان هذا الشرط عام مطلق لا يميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية كما قدمنا . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٣٥ فى هذا الصدد ما يأتى : « ... ذلك أنه يوجد نص صريح لا يحتمل أى تفرقة بين العقود التى يسرى عليها حكمه ، وليس ذلك لأن النص عام فحسب ، بل هو فوق ذلك صريح قاطع .. فالدفع أياً كان نوعه حتى لو كان سببه التزاماً دولياً داخل بلا شك فى عموم هذا النص . وليس من سبيل مع مثل هذا النص الذى حدد فيه الشارع مقاصده بكل جلاء ووضوح للأخذ بقضاء المحاكم الفرنسية وقد بنى على اعتبارات خاصة بفرنسا مستمدة من أحوالها الاقتصادية . وذلك هو المعنى والمغزى الصحيح لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، ولنفس من شرع حكم ذلك المرسوم أن يزيد مقاصده وضوحاً فيما يتعلق بالاتفاقات الدولية ، وألا يدع أى شك يحوم حول تطبيق القاعدة التى أتى بها مرسوم سنة ١٩١٤ والتى تقرّر أمراً من أمور النظام العام ، على ذلك النوع من الاتفاقات ، عملاً بنص المرسوم المذكور وروحه ، وأخذاً بما اقتضته وتقتضيه مصلحة البلاد العامة »^(١) .

(١) وقد ورد فى صدر المذكرة الإيضاحية تخفيف الأحكام المصرية التى تنضى بالتميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية تنقله فيما يلى : « اتفق لبعض الأحكام فى سياق بحثها فى تطبيق مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ على الاتفاقات الداخلية (تلك التى تنشأ ويكون الوفاء بها فى النظر المصرى) أن تشير — عرضاً ودون أن تقيم الدليل على رأيها — إلى أن أحكام ذلك المرسوم لا تسرى على الاتفاقات ذات الصبغة الدولية . وذهبت أحكام أخرى فى دعاوى قائمة بالذات على هذا النوع الأخير من الاتفاقات إلى أن مدى تطبيق المرسوم المذكور لا يمتد لحدود الديار المصرية ، وإلى أنه إذا صح تطبيقه على أحوال الوفاء داخل النظر فإنه لا يبنى للدين حيث يكون الوفاء فى الخارج من دفع دينه ذهباً . ومن أجل ذلك تنكر تلك الأحكام أن يكون لأوراق البنوك سعر رسمى إلزامى حتى فى داخل النظر المصرى إذا كان الوفاء تنفيذاً لاتفاقات ذات صبغة دولية لأن فى ذلك إضراراً بليغاً بالهائتين الذين يحتضون ديونهم فى القاهرة =

وبين من ذلك أن قانون سنة ١٩٣٥ أراده المشرع أن يكون قانوناً تفسيرياً يسرى على الماضى . وهو يتضمن النص الآتى : « تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتى تكون قد قومت بالجنهات المصرية أو الاسترلينية

== أو فى الاسكندرية ، ولأنه يترتب عليه تفرقة غير مقبولة فى المعاملة بين الدائنين . وواضح أن الأحكام المشار إليها تستمد التميز بين نصوص الانقابات من القضاء الفرنسى ، وإنما جاز ذلك التعبير فى فرنسا لعدم وجود حكم تشريعى يقضى بطلان شرط الدفع ذهباً ، ولأن بطلان هذا الشرط لم ينتج إلا من أن أوراق البنكوت جعل لها سعر إلزامى إلى جانب سعرها الرسمى ، فكان للحاكم مطلق الحرية فى تحديد مدى بطلان شرط الدفع ذهباً مستوحية فى ذلك أسباب النظام العام القومى وحدهما . ورغماً من الحملات المتكررة التى حلها بعض الفقهاء على أحكام القضاء فى هذا الشأن فإن المحاكم لم تلق صعوبة فى الحكم بطلان شرط الدفع ذهباً فى الانقابات الداخلية ، على أن سيرتها كانت غير ذلك بالنسبة للانقابات ذات الصبغة الدولية . وقد حاولت المحاكم الفرنسية بأول الأمر (راجع حكم محكمة النقض والإبرام الصادر فى ٢ يونيه سنة ١٩٢٠) اعتبار شرط الدفع ذهباً باطلاً إذا كان الدين فرنسياً ومحبياً حيث يكون من شأن وفاء الأجنبى بدينه دخول الذهب فى فرنسا . ولكنها انتهت إلى اعتماد صحة شرط الدفع ذهباً فى العقود ذات الصبغة الدولية إطلاقاً . ويرى بعض الشراح أن المذهب الأخير لا يتخلف عن المذهب الأول فى تحقيق المصالح السومية إذ كانت فرنسا دائمة للبلاد الأجنبية غير مدنية . وقد أيد قانون تقييد النقد الصادر فى سنة ١٩٢٨ قضاء المحاكم بأن استثنى الديون الدولية المشروطة دفعها ذهباً بقيمة الفرنك الجديد ، ولولا النص صراحة على هذا الاستثناء لانسحب حكم ذلك القانون على الديون الداخلية والدولية على السواء . على أنه بالرغم مما لنقض المحاكم الفرنسية من قوة السند والمجة فإن التفرقة بين هذين النوعين من الوفاء (ولم يحاول أحد بناءها على أساس قانونى مقبول) غير مسلمة فى جميع البلاد . فالمحاكم الإنجليزية الثلاث التى نظرت فى دعوى شركة « تعاون البلديات البلجيكية للكهرباء » قضت اثنتان منها (المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية) بطلان شرط الدفع ذهباً ، وقضى مجلس القوردرات بصحة الشرط المذكور ، دون أن يجعل أى تلك الأحكام الثلاثة لصبغة الدولية للاخفاق أى شأن فيها ذهب إليه من الصحة أو البطلان ، ثم إن قانون النقد الإنجليزي ينطبق على وتيرة واحدة على العقود الداخلية والدولية . وفى إيطاليا من جهة أخرى كان قد صدر قانون فى أول مايو سنة ١٨٦٦ يقضى على الحكومة والأفراد بقبول التمثل بأوراق البنكوت (وكان لها سعر إلزامى) بقيمتها الاسمية كما لو كان لها نفس القيمة الفعلية للمسكوكات ولو نس البعد على خلاف ذلك . وظل ذلك القانون معمولاً به حتى سنة ١٨٨١ ، ولم تكن محاكم إيطاليا تفرق فى تطبيق هذا القانون بين العقود تبعاً لوصفها بأنها داخلية أو دولية ، وكانت تقضى بطلان ما تضمنته الانقابات الدولية من شروط الدفع ذهباً . وفى مصر يحكى نظام أوراق البنكوت من حيث سعرها الرسمى والإلزامى ما هو حاصل فى وقتنا هذا بأمريكا وبين سنتى ١٨٦٦ و ١٨٨١ فى إيطاليا . ذلك أنه يوجد نص صريح لا يحتمل أى تفرقة بين العقود التى يسرى عليها حكمه . . . (مجموعة القوانين والمراسيم والأوامر لسنة ١٩٣٥ ص ١٧٣ — ص ١٧٥) .

أو بنقد أجنبي آخر كان متداولاً قانوناً في مصر (الفرنك والجنيه التركي) ، ولا يترتب عليها أى أثر . ولا يجرى هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بمقتضى الماهدات أو الاتفاقات الخاصة بالبريد أو التلغراف أو التليفون » .

ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء ^(١) .

ولا يزال هذا القانون سارياً إلى اليوم ، لأن التقنين المدني الجديد لم يعرض لهذه المسألة ، بل تركها للتشريعات الخاصة باعتبارها من المسائل الاقتصادية المتغيرة ^(٢) . وقانون

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ١٤٢ . وقد قضت هذه المحكمة في حكم آخر (٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٢٠٣) بأن بطلان شرط الذهب والشروط المماثلة في عقد لا يستتبع بطلان العقد كله أو بطلان الشروط الأخرى التي اتفق عليها المتعاقدان وتلاقت عندها إرادتهما في صدد طريقة وفاء الدين ومواعيد الوفاء والفوائد وغير ذلك . وحيث يكون شرط الذهب ممنوعاً فإنه يكون باطلاً سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، فيكون إذن باطلاً كل شرط — أيأ كانت صورته — أملاؤه اعتباراً يرجع لعدم الثقة في العملة الوطنية ، وبخاصة الشروط التي يغير بمقتضاها المتعاقد بين أنواع العملة وشروط الدفع بعملة أجنبية . وأن الرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ نبذ على وجه قاطع التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية . وإذا كان شرط الذهب المتفق عليه في عقد قرض باطلاً ، فإنه لا يجوز للمائن أن يطالب على أساس المسؤولية التصرفية وبدعوى الفسخ بمبلغ يساوى ما خسره من جراء نزول الجنيه المصرى ، فإن ذلك يكون تمايلاً منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب — ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة في أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صح الشرط ، ووجب الدفع بهذه العملة : ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ٢٤٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ من ٣ .

(٢) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٢٢٥ من المامش) أن المشروع التهديد تضمن نصاً (م ١٨٧) يحرم شرط الذهب ولكن يبيح في الوقت ذاته شرط الوفاء بنقد أجنبي محسوبة بسر قطعهما . وقد حذف النص في المشروع النهائي لأنه يقرر حكماً في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص . وكانت مزية هذا النص أنه يحسم الخلاف في صحة شرط الوفاء بنقد أجنبي محسوبة بسر قطعهما . والآن وقد حذف النص فإن الخلاف في صحة هذا الشرط يبق قائماً ، وقد رأينا تضارب أحكام القضاء المختلط في هذه المسألة .

[يراجع حكم محكمة النقض الصادر في ٩ يناير سنة ١٩٥٨ (مجموعة أحكام النقض المدنية السنة ٩ رقم ٥ من ٦٢) حيث قضى بأنه إذا اتفق في عقد اليم على الوفاء بالثمن بما يعادل الليرة الثمانية القهية من الجنيهاً المصرية وانتهى الحكم المطعون فيه إلى أن هذا الاتفاق لا ينطوى على شرط الدفع بالذهب وأصبح فضاءه في ذلك حائزاً لقوة الأمر المقضى (بعد نزول للمطعون عليه عن قضه القرعى) فإنه لا يجوز —]

سنة ١٩٣٥ هو التشريع الخاص الذى لا يزال قائماً والذى يرجع إليه فى بطلان شرط الذهب ، دون تمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية^(١) .

المبحث الثالث

المحل قابل للتعامل فيه

(Dans le commerce)

(النظام العام والآداب)

٢٢٧ — متى يعتبر الشيء غير قابل للتعامل فيه : يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه ، فلا يصلح أن يكون محلاً للالتزام ، إذا كانت طبيعته أو الفرض الذى خصص له يأبى ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع .

== المجادلة فيه بعد ذلك بحجة تملق بطلان هذا الشرط بالنظام العام لأن قوة الشيء المقضى إذا تعارضت مع قاعدة من قواعد النظام العام كانت هى الأولى بالرعاية والاعتبار .

وقضت محكمة النقض فى ١٢/٩/١٩٥٤ (مجموعة أحكام النقض المدينة السنة ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤) بما يفيد صحة الاغراق على وفاء الدين بالجنبة المصرى طبقاً لسعر الليرة الرسمى فى بورصة روما فى ميعاد الاستحقاق [.

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن رغبة المشرع قد بدت جلية فى الإبقاء على هذا التشريع الخاص (المرسوم الصادر فى ٢ من أغسطس سنة ١٩١٤ والرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥) بما تضمنه من أحكام خاصة بإعلان شرط الذهب ، فلم يضمن التقنين المدنى الجديد نصوماً فى هذا المعنى بل إن لجنة المراجعة قد حذفت من المشروع التمهيدى نص المادة ١٨٧ التى كانت تتناول بالتنظيم ما تضمنه هذا التشريع الخاص — وذلك اعتباراً بأن ذلك النص يقرر حكماً فى مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص هو ذلك المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى يحكم المعاملات الداخلية والخارجية ويقضى بإعلان شرط الذهب فى كليهما وسواء فى ذلك أكان المشروط هو وجوب الوفاء بالذهب أو كان المشروط هو وجوب الوفاء بما يبادل قيمة الذهب *Valeur or* — ذلك أن اشتراط الوفاء فى هذه الحالة الأخيرة بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهباً ليس إلا تمايلاً على القانون الذى فرض للعملة الورقية سعراً التزاماً . ولا جدوى من إبطال شرط الدفع بالذهب إذا لم يتناول البطلان هذه الصورة (نقض مدنى ١٩٦٠/٢/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ رقم ٢٠ ص ١٢٦)] .

فالشئ لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر . ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالة^(١) . وقد يصبح التعامل ممكناً في هذه الأشياء من بعض النواحي ، فأشعة الشمس يحرصها المصور (الفوتوغرافي) ، والهواء يستعمله الكيميائي في أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلاً للائتمان . فمعد ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة ، وتصلح إذن أن تكون محلاً للالتزام .

وقد يكون الشئ غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الفرض الذي خصص له . فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتناقض مع جواز التصرف فيه . والمال الموقوف ، يحمل ريعه لسلسلة من المتفعين ، يقتضى ألا يجوز التصرف فيه ما دام وقفاً . وعدم القابلية للتعامل هنا نسبي . فالملك العام إذا كان لا يصلح محلاً للتصرف فإنه يصلح محلاً للإيجار ، كما في شغل جزء من الطريق العام أو منح رخصة لإقامة حمامات أو « كابينات » على شواطئ البحار . والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه فإنه يجوز إيجاره . والضابط في كل هذا أن عدم القابلية للتعامل إنما يرجع إلى الفرض الذي خصص الشئ له ، فكل تعامل يتناقض مع هذا الفرض لا يجوز ، أما التعامل الذي لا يتناقض معه فهو جائز .

وقد يكون الشئ غير قابل للتعامل لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب . على أن نص القانون الذي يمنع من التعامل في الشئ يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هي ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب . فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو في الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أو لمبدأ معاً . ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر

(١) أما إذا كان الشئ يمكن التعامل فيه ولكن لا ملك له ، فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسك في البحر ، وعلمك من يتولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه .

فأثر أن يورده نصاً . أو هو إيضاح في مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً للعموض ، كالنص الذي يحرم التعامل في التركة المستقبلية . أو تحديد لأمر يرى المشرع تعديده ، كما حدد الربا الفاحش . أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلد الخاصة بتحريمه ، كما حظر المشرع المصري الاجبار في الحشيش والخدرات وكما حرم بيع الوفاء . فيمكن القول إذن إن الحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد . وتقرر للمادة ١٣٥ من القانون المدني الجديد هذه القاعدة العامة في العبارات الآتية : « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً »^(١) . فلا يجوز إذن أن يكون الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلاً للالتزام ؛ ويستتبع ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب .

فإذا عرفنا النظام العام والآداب أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين في القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وأمكن أيضاً أن نقرر حتى عند انعدام النص ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يقوم عليه الالتزام . وهذا ما نتولى الآن بحثه .

٢٢٨ -- النظام العام والآداب (*) L'ordre public et les bonnes moeurs

moeurs : القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٨ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي : « يكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب » . وفي لجنة المراجعة عدل النص لإيراد الحكم القاضي بطلان العقد ، فأصبح مماثل للنص الذي انتهى إليه القانون الجديد ، وقدم في المشروع النهائي تحت رقم ١٣٩ . ووافق مجلس النواب عليه تحت الرقم ذاته . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٣٥ ، وكذلك وافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٢٢ - ص ٢٢٤) .

ويقابل النص في التتيمات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٣٦ (مطابق) — الليبي م ١٣٥ (مطابق) — العراق م ١٣٠ (موافق) — اللبناني م ١٩٢ (موافق) .

(*) بعض المراجع : بارتان (Bartın) في الشروط المسجلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب — سافاتييه (Savater) آثار الواجب الأدبي وجزاؤه (رسالة من يونانيه سنة ١٩١٦) (مارميون =

مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعالو على مصلحة الأفراد . فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم ، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة . ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية ، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد ، فلا تتدخل الدولة في شؤونه ، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً ، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً ، فإذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي اتسعت دائرة النظام العام ، وأصبحت الدولة تقوم بشئون كانت تتركها للفرد ، وتتولى حماية الضعيف ضد القوى ، بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه ، كما رأينا ذلك في عقود الإذعان وفي نظرية الاستقلال . ولا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى ، فهو شيء متغير ، يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة « مصلحة عامة » . ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد « النظام العام » تحديداً مطلقاً يمتشى على كل زمان ومكان ، لأن النظام العام شيء نسبي . وكل ما نستطيعه هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار « المصلحة العامة » ، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى^(١) .

== (Marmion) في قوانين النظام العام (رسالة من باريس سنة ١٩٢٤) ريبير (Ripert) في القاعدة الخفية في الالتزامات — تشافداروف (Chavdaroff)، في الآداب (رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويلاحظ أن فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً . وقد بلغ من أمر مرونتها أن عمد التقنين الألماني إلى إغفال النص عليها عند صياغة المادة ١٣٨ . فقل أثر مناقشات هامة عنيفة جرت بوجه خاص في مجلس الريسنتاج انتهى الأمر إلى استبعاد نصوص مختلفة جاء فيها ذكر المقعد المخالف للآداب والنظام العام كذلك . وكان الاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تطوى على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة ، من بينها أن القاضي ربما أباح لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبنينا على مجموعة المبادئ الدستورية أو على سياسة للتصرع العامة أو على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية أو الفلسفة الأخلاقية أو الدينية . وقد دافع الحزب الاشتراكي بكل قوته عن النص المقرر لفكرة النظام العام . وكان يرى من ذلك إلى اعتبار كل عقد لا يتفق ومبادئ حماية الطبقة العاملة مخالفاً للنظام العام . على أن هذه النتائج بقاتها هي التي جعلت غالبية أعضاء الريسنتاج تنفر من النص المقرر للنظام العام ومن كل معيار نظري ، وترغب في ==

والآداب ، في أمة معينة وفي جيل معين ، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس . وللدن أثر كبير في تكيفه . وكلما اقترب الدين من الحضارة ، كلما ارتفع المقياس الخلقى ، وزاد التشدد فيه . ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة . فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك ، بل في الصميم منه ، ميزان إنساني يزن الحسن والقبح ، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له ، ولو لم يأمرهم القانون بذلك . ومقياس الآداب أو « الناموس الأدبي » ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي ، بل هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس . وهو في ذات الوقت معيار غير ثابت ، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة . فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى ، كالتأمين على الحياة والوساطة في الزواج والعري ، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر . وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب كالاسترقاق وإدخال المهربات في بلاد أجنبية ، وكانت من قبل غير ذلك ^(١) .

= وضع معيار عمل يحث قوامه العرف والمبادئ المستفادة من الآداب العامة . وعلى هذا النحو لا تكون الاغلاطات التي أشار إليها الحزب الاشتراكي باطلية طبقاً لمنهج من المذاهب الاشتراكية وإنما بناء على التيار الإجماعي للآداب العامة (تعليقات على التفتين الأتاني الجزء الأول من ١٥٤ — من ١٥٥) . ومهما يكن من أمر فليس في الوسم نذ فكرة النظام العام دون أن يستقيم ذلك لإطراح ما توطد واستقر من التقاليد . وقد روى من الواجب أن يفرد مكان لهذه الفكرة في نصوص المشروع لتظل منفذاً رئيسياً تجدد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانوني لتثبت فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة . بيد أنه ينبغي بالقاضي أن يتعزز من إحلال آرائه الخاصة في العمل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب . فالواجب يقتضيه أن يطبق منهجاً علمياً تدين به الجماعة بأسرها لا منهجاً فردياً خاصاً . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٢٣) .

(١) وقد يستعين القانون على جعل القواعد الخلقية تتمثل في الروابط القانونية من طريق الالتزام الطبيعي . فالاعتراف بالجميل قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة ، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالا ، لا نكرما منه بل اعترافاً بجميل عليه ، فالقانون يبد هذا ولاء لالتزام طبيعي وليس تبرعاً . فالقانون إذن قد ينهى بطريق غير مباشر عما تنهى عنه الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل الاعاق الخالف للآداب باطلاً . وقد

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذى تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية ، فتؤثر فى القانون وروابطه ، وتجمله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فى الجيل والبيئة . وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات ، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، وما تواضعوا عليه من آداب ، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية . كل هذا يترك للقاضى يفسره التفسير الملائم لروح عصره ، فالقاضى يكاد إذن يكون مشرعاً فى هذه الدائرة اللزنة ، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة^(١) . ونحن فى العصور الحاضرة نشهد تقلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية ، ونشهد من ناحية أخرى تأثير القانون المضطرب بالعوامل الخلقية ، حتى صح أن يسمى هذا العصر بعصر تغفل الروح الاشتراكية والروح الخلقية فى القانون (socialisation et moralisation du droit)^(٢) . على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب ، فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور هما :

(أولاً) فكرة الميعار ، فميعار النظام العام هو المصلحة العامة . وميعار الآداب هو الناموس الأدبى ، وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان .

(وثانياً) فكرة النسبية . فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا فى أمة معينة ، وفى جيل معين .

== يأمُر ، بطريق غير مباشر أيضاً ، بما تأمر به الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل هذا الذى تأمر به التزاماً طيباً فى ذمة الدين .

(١) ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانون ، تخضع لرقابة محكمة النفس .

(٢) وما هو جدير بالذكر أنه حيث تنقسم دائرة النظام العام بضيق مبدأ سلطان الإرادة ، وحيث تضيق هذه الدائرة بنسب المبدأ . وقد سبق أن بينا أن مبدأ سلطان الإرادة يتقيد بالنظام العام والآداب .

وغير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب أن نورد تطبيقات عملية لذلك ،
فستعرض اتفاقات تخالف النظام العام . وأخرى تخالف الآداب ، في عصرنا الحاضر .

المطلب الأول

الاتفاقات التي تخالف النظام العام

٢٢٩ — روابط القانون العام وروابط القانون الخاص : حاول بعض الفقهاء
حصص النظام العام في دائرة روابط القانون العام ، وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع ،
فإن النظام العام يدخل دون شك في روابط القانون الخاص ، ولا يقتصر على دائرة القانون
العام . وقد أريد التمييز في روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية وروابط
المعاملات المالية ، فالأولى تعتبر من النظام العام والأخرى لا تعتبر كذلك ، وهذه أيضاً
نظرة ضيقة للنظام العام ، فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة كما يتبين ذلك
من التطبيقات التي سنوردها .

§ ١ — روابط القانون العام

٢٣٠ — أنواع هذه الروابط : القانون العام ينظم روابط الأفراد بالهيئات العامة
وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض . وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة ، فلا يجوز
للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية .

ويشمل القانون العام فيما يشمل : (١) القواعد الدستورية والحريات العامة . (٢) النظم
الإدارية والمالية . (٣) النظام القضائي . (٤) القوانين الجنائية . ونورد أمثلة لكل فرع
من هذه الفروع .

٢٣١ — النواحي الدستورية والحريات العامة : القاعدة الدستورية التي تقر حرية
الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام ، ولا يجوز لمرشح أن ينزل عن ترشيحه لمرشح
آخر بمقابل أو بغير مقابل ، كما لا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته ،

وكل اتفاق من هذا القبيل باطل لمخالفته للنظام العام . كذلك النائب في هيئة تشريعية حر في تكوين رأيه في المسائل التي تعرض على الهيئة التي ينتمي إليها ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق على أن يحمل صوته لرأى معين ، كما لا يجوز له النزول عن عضويته .

والحريات العامة التي قررها الدستور هي أيضاً من النظام العام ، وذلك كالحرية الشخصية ، وما يتفرع عنها من حرية الإقامة ، وحرية الزواج ، وحرمة النفس والحرمة الأدبية ، وحرية الدين والاعتقاد ، وحرية الاجتماع ، وحرية العمل والتجارة .

فلا يجوز لأحد النزول عن حرمة الشخصية (أنظر المادة ٤٩ من التقنين المدني الجديد) . ولا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة الخدم ، فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من التقنين المدني الجديد) .

وتنص المادة السابعة من الدستور على أنه « لا يجوز إبعاد مصري من الديار المصرية . ولا يجوز أن يحظر على مصري الإقامة في جهة ما ولا أن يلزم الإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون » . ومع ذلك يجوز أن يتقيد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك ، كما يجوز أن يتعهد شخص بعدم الإقامة في جهة معينة إذا وجد مبرر قوي لهذا التعهد . وفي الحالتين يكون جزاء الإخلال بالالتزام هو التعويض لا التنفيذ العيني .

وحرية الزواج من النظام العام . فإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقاً ، كان هذا التعهد في الأصل باطلاً ، كما إذا تعهدت امرأة لخليها السابق ألا تتزوج أصلاً . ومع ذلك قد يكون التعهد صحيحاً إذا وجد سبب مشروع يبرره ، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد ترملها وكان لها من زوجها أولاد يريد الزوج أن يكفل لم رعاية أمهم بعد موته . وإذا كان التعهد صحيحاً ، فلا يكون جزاء الإخلال به بطلان الزواج ، بل يدفع

التمتع تعويضاً عن إخلاله بالتزامه ، ويقاب أن يكون الجزاء هو حرمان التمتع من المبة أو الوصية التي أعطيت له أو من الماش الذي رتب له . وإذا تعهد شخص بأن يتزوج من شخص معين ، فهو غير مقيد بتمعه ، ويجوز له الطول عن هذه الخطبة أو عن هذا التمتع ، ولا يكون مسئولاً بمتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة في وقت غير لائق أو لارتكابه خطأ .

وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تعارض مع سلامتها . فيكون باطلا كل اتفاق يمتع بمتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجيه الضرورة ، كالاتفاق على المبارزة أو الملاكمة أو المصارعة ، وإن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد في الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة لاقتشار هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها . وكحرمة النفس الأديبة لا يجوز انتهاكها . فلا يصح أن يفتازل مؤلف عن حقه الأدبي في إدخال ما يراه من التديل على تأليفه ، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية في مؤلفه .

ويكون باطلا كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره ، وكل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير .

ولكل شخص الحق في أن يجتمع مع غيره ، في هيئة أو جماعة ، وأن ينتمى إلى ما يشاء من الجمعيات ما دام الغرض الذي تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً . وأكثر ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات المال ، فلكل عامل الحق في الانضمام إلى النقابة التي يختارها ، وهو حر كذلك في ألا ينضم إلى نقابة ما . على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بمتضاه ألا يستخدم من المال إلا من كان منضماً إلى نقابة ، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما في أن يبقى بعيداً عن النقابات^(١) .

(١) محكمة القضاء الفرنسية في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٦ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٤ - ٢٤٧ وسيره ١٩٢٠ - ١ - ١٧ مع تعليق بركاز - أنظر في هذه المسألة بلانويل وريبير وإسمان ١ فترة ٢٤٨ .

ولكل شخص الحرية الكاملة في اختيار العمل الذى يتخذه حرفة له وفى القيام بما يشاء من أنواع التجارة . ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولورضى بهذا الحرمان . وأكثر ما ترد القيود الاتفاقية على حرية التجارة والعمل فى عقود بيع المتاجر وفى عقود العمل . فإذا باع صاحب للتجر متجره ، فهو ملزم بضمان تعرضه الشخصى بتقتضى عقد البيع ذاته . ولا يجوز له بناء على ذلك أن يدير متجراً آخر ينتزع به عملاء للتجر القديم ، وإلا كان متعرضاً للمشتري ووجب الضمان . ولكن المشتري لا يكتفى عادة بهذا الضمان الذى يقرره القانون . بل يشترط فى عقد البيع أن يكف البائع عن العمل فى هذا النوع من التجارة . كذلك كثيراً ما يشترط صاحب العمل على من يستخدمه فى عمله ألا يلتحق بعمل مماثل إذا انقطع عن عمله الأول . فبأمن بذلك على أسرار الصنعة أن يستغلها العامل فى منافسته بعد أن يكون قد ألم بها عنده . فإذا تعهد شخص بألا يعمل فى تجارة معينة أو يلتحق بعمل معين ، فقد قيد بذلك من حريته فى التجارة والعمل . وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام . وكان القضاء فى فرنسا وفى مصر يبطل القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان . أما إذا قيد بزمان ، كان يتعهد الشخص بأن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان ، كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة فى مكان معين ، كان التعهد صحيحاً^(١) . ثم بدا ميل من جانب القضاء إلى المدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرن بها ، فلا يكون للدار فى الصحة والبطلان أن يتقيد التمهيد بزمان أو بمكان أولاً يتقيد ، بل المهم أن يكون التمهيد معقولا

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢ يولية سنة ١٩٠٠ سيره ١٩٠٤ — ١ — ١٧٥ — حكم ثان فى ١٤ مارس سنة ١٩٠٤ سيره ١٩٠٤ — ١ — ٤٤٤ — حكم ثالث فى ١٥ يونية سنة ١٩٢٢ سيره ١٩٢٢ — ١ — ٢٠٠ .

واظطر محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٢٠ م ٢٥٠ — محكمة بنى سويف فى ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩٥ م ١٨٤ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٣٢٥ م ٦٥٥ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ م ٤٦ — وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ م ٤٢ — وفى ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ١٥٦ .

(raisonnable) لانعسف فيه . ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة اللدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد في الزمان أو في المكان ، ويكون التعهد باطلا إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية للمشروعة حتى لو كان مقيداً في الزمان وفي المكان . فالمعبرة إذن بمقولية التعهد لا بتقييده ^(١) . وقد جاء التقنين اللدني الجديد مؤيداً هذا المعيار المرن . فاشتراط لصحة القيد أن يكون مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل للمشروعة (م ٦٨٦) ، وإذا اتفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في خدمة رب العمل مدة أطول من اللدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلا وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة في

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٣ — ١ — ٢٥٣ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٠ — وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ١٦٢ رقم ١٤٦ — محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المجلد ٢٩ رقم ٤٢٩ ص ٧٩٠ .

وانظر في هذا الموضوع رسالة لنا باللغة الفرنسية في القبول التعاقدية الواردة على حرية العمل — ليون سنة ١٩٢٥ — وانظر أيضاً لاباتي (Labatut) في التبادلات الاقتصادية الواردة على حرية التجارة والصناعة والعمل في القضاء الفرنسي — تولوز سنة ١٩٢٨ .

[وقضت محكمة النقض بأنه إذا باع شخص لآخر عملاً تجارياً بما فيه من بضائع وتعهد البائع عقد البيع بالأجل يتجر في البضائع التي يتجر فيها المشتري في الشارع الذي يقع فيه المحل المبيع ، ولكن البائع فتح عملاً بنفس العمارة التي بها المحل المبيع واتجر في بعض أنواع البضائع التي شتمها عند البيع ، حق للمشتري مطالبة البائع بالتعويض دون حاجة إلى تكليفه بإثبات الضرر الذي لحقه من جراء هذه المخالفة ، إذ مجرد إخلال البائع بواجب الضمان الحق عليه من شأنه أن ينقص من قيمة المحل المبيع وهذا بذاته يعتبر ضرراً مفترضاً يحكم واجب الضمان المترتب به البائع . (قض مدني في ١٩٥٦/٣/٨ مع سنة ٧ رقم ٤٢ ص ٢٩١)

كما قضت بأن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم العرض للمشتري في انتفاعه بالمتجر وبالاتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانقراض من هذا الانتفاع مما يضر عنه أن الالتزام بعدم المنافسة في شتى صورته ومنها حظر التعامل مع العملاء — لا يكون باطلاً إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون في هذه الحالة مخالفاً لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وحما من النظام العام ، أما إذا كان الشرط محددًا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التعهد مقولاً وهو ما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فإنه يكون صحيحاً (قض مدني في ١٩٦٢/٦/٧ مع سنة ١٣ رقم ١١٤ ص ٧٦٤) .

جلته (٢٨٧ م) ^(١).

٢٣٢ — النظم الإدارية والمالية : كذلك النظم الإدارية والمالية تحقق مصلحة عامة ، فهي إذن من النظام العام . ولا يجوز للأفراد ، باتفاقات خاصة ، أن يمارضوا تحقيق هذه المصلحة .

فيحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لآخر ، على أن الوظيفة ذاتها شيء لا يجوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون محلاً لتصرف ما . كذلك لا يجوز للموظف أن يتعهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته ، سواء رضى من وراء هذه الاستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص ، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها . وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته ، كأن يتعاقد على شيء متصل بأعمال الوظيفة فيجنى من وراء ذلك ربحاً ، يكون عقداً باطلاً لمخالفته للنظام العام . وليس الأمر مقصوداً على الموظف ، فكل وسيط يبذل وساطته في نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحتم النزاهة في الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع ، ويكون تعاقد باطلاً . فاتفق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط . إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو « مقالة » يرضو « العطاء » عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام ^(٢) . كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجارى محرم

(١) ولكن التصرف في العملاء يجوز على النحو الآتي : يتعهد طبيب مثلاً ألا يباشر مهنة الطب في جهة معينة وأن يقدم الطبيب الجديد — وهو الدائن في هذا العهد — لسماعته على اعتبار أنه خليفته ، ويصبح هذا العهد في الغالب تنازل من الطبيب التمتع إلى الطبيب الجديد عن إيجار المكان الذي جعل فيه « عيادته » . (انظر في هذه المسألة نظرية القند للمؤلف ص ٥٠٣ هامش رقم ٢) .

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ص ٢٥٥ (السعي للحصول على رتبة أو نيشان) — وانظر أيضاً في التي ذاته محكمة مصر الكلية الوطنية في ٥ يونيو سنة ١٩٠١ المحقوق ٦ ص ١٧٩ — المجموعة الرسمية رقم ٢/٨٥ . [وق في التي محكمة مصر القديمة الجزئية في ١٥/٤/١٩٠١ المجموعة الرسمية السنة ٥١ رقم ٧٥ ص ١١٩ (تحرير سند بدين الموظف بمصلحة التليفونات نظير السعي للحصول على تليفون)] .

عليه بل إن هناك من اللهن . كالطب والحمامة ، ما ينظم تنظيمًا إداريًا ، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة ^(١) .

وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقص . فإذا اتفق البائع والمشتري على ذكر ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي حتى تؤخذ رسوم التسجيل على الثمن المذكور في العقد ، ففي مثل هذه الحالة تكون العبرة بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصوري المكتوب . ولا يجوز كذلك الاتفاق على جعل للملزم بدفع الضريبة شخصاً آخر غير الذى عينه القانون . لكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم الثانى بدفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة بشرط أن يدخل ذلك في حساب الأجرة . ولا يمنع هذا الاتفاق من أن يبقى المؤجر ، إذا كان هو مالك العين ، ملازمًا بأداء الضريبة لخزينة الدولة . وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التى تنظم النقد والعملة تعتبر من النظام العام ، وأن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء ^(٢) .

٣٣٣ — النظام الفضائى : نظم التفاضى تحقق في مجموعها « مصلحة عامة » ، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية .

فتحديد اختصاص المحاكم — فباعد الاختصاص المحلى والاختصاص بسبب قيمة الدعوى — يعتبر من النظام العام . ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعى فباعد قيمة الدعوى فيرفوا قضية من اختصاص المحاكم الإدارية إلى محكمة من المحاكم العادية أو قضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة جزئية . وقد كان تقنين المرافعات الوطنى القديم

(١) فلا يجوز للمعاى أن يجعل وسيطاً بينه وبين موكله ويؤجر الوسيط على وساطته ، فهذا نوع من السمسرة يأباه شرف المهنة . ولا يجوز أن يتفق طبيب مع صيدلى على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيدلى ليشقروا منه الأدوية اللازمة لهم في مقابل جعل . ولا يجوز للمعاى أن يأخذ في مقابل « أتمابه » جزءاً من الحق المتنازع عليه ، فإن هذا نوع من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل .

(٢) انظر آتياً فقرة ٢٢٦ .

لا يعتبر مسائل الاختصاص النوعي من النظام العام^(١).

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظام العام . فلا يجوز لخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضوري ، أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله . ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يمارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة^(٢).

٢٣٤ — القوانين الجنائية : ولا يجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة ، لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام . فيعد باطلاً الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال . ويعد باطلاً أيضاً الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية ، والاتفاق التي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون . كأن

(١) [قبل صدور تقنين المرافعات في سنة ١٩٤٩ لم يكن الاختصاص النوعي من النظام العام (يراجع قص مدني ٢٩ يناير ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة (١٠) رقم ١٤ ص ١٠١) ثم نصت المادة (١٣٤) من تقنين المرافعات الصادر في سنة ١٩٤٩ على أن عدم الاختصاص بحسب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز الدنم به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو في الاستئناف وبذلك أضحى الاختصاص بحسب نوع الدعوى أو قيمتها من النظام العام واستقرت الأحكام على ذلك (يراجع قض مدني ١٩/١١/١٩٥٩ و ٢٤/١٢/١٩٥٩ — المنشورة على التوالي بمجموعة أحكام النقض (السنة العاشرة) رقم ١٠٢ ص ٦٧٢ ورقم ١٢٨ ص ٨٤٠ وقض مدني ٣٠/٣/١٩٦١ مجموعة أحكام النقض السنة (١٢) رقم ٣٧ ص ٢٦٩ وقض ٢٥ يناير ١٩٦٢ و ٢٤ مايو ١٩٦٢) مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٦ ص ١٠٤ ورقم ١٠٤ ص ٧٠٢) ثم صدر القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٦٢ و فرّق بين الاختصاص بحسب قيمة الدعوى (فاستبعد من نطاق النظام العام) والاختصاص بحسب نوع الدعوى (فأبّاه في نطاق النظام العام)] .

(٢) انظر في قواعد الإثبات وهل تعتبر من النظام العام . نظرية العقد للزوّاف فترة ٤٨٧ ص ٥٠٧ — ص ٥١٠ . الوسيط ٢ قرة ٥٩ .

يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه تبديداً ، فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة معينة على سبيل الحصر^(١) .

§ ٢ — روابط القانون الخاص

٢٣٥ — **الأموال الشخصية والمعاملات المالية** : هذا الروابط إما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية ، أو داخلية في دائرة المعاملات المالية .

٢٣٦ — **الأموال الشخصية** : كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم . من ذلك الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته .

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شيء من ذلك . بل إن التقنين المدني الجديد حتى بنصوص صريحة الحقوق الملازمة للشخصية من أن يتبدى عليها . فنصت المادة ٥٠ على أنه « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . ونصت المادة ٥١ على أنه « لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً فإنه يكون مالا يجوز النزول عنه وبيعه والتصرف فيه .

وقواعد الأهلية من النظام العام . فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص . وقد نصت المادة ٤٨ من التقنين المدني الجديد على أنه

(١) ومن ذلك أن يتفق البائع والمشتري — في البيع بالتقسيط — على أن يسبب البيع لإيجاراً حتى تتوافر أركان جريمة التبديد .

« ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها ». وكالأهلية الولاية ، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات . كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقاً مالياً محضة . مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من عقد الزواج ، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية . ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق ^(١) . كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام . فلا بُدَّ حق تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لم يكن تكون الأولاد على دين الأم مثلاً . والنفقات بمختلف أنواعها ، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوى الأرحام ، تعتبر كلها من النظام العام ، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها .

٢٣٧ — المعاملات المالية : ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة فيعتبر من النظام العام . من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد ، فهي تارة تنسح المجال للنشاط الفردي ، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف . ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية .

فمن الأسس التي تنسح المجال للنشاط الفردي وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك في استعماله بقل يده عن التصرف فيه ،

(١) أما إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، فليس في ذلك مخالفة لأحكام الشرعة ولا للنظام العام . لكن هذا التعهد ينتق الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أته في اضطره إلى ذلك (قنن مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٣٥ من ٨٥) . وكيف التعهد بأنه التزام أصلي ملق على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج .

وشرط عدم التصرف باطل مالم يكن مبنياً على بائع مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م ٨٢٣ من القانون المدني الجديد) . ولا يجوز أن يتقيد المالك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ من القانون المدني الجديد) ، لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خيراً للوجوه لا استثمار الملكية^(١) .

ومن الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون في صدد عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التصفية أو الإعفاء منها ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ من التقنين المدني الجديد) . وما قرره من إبطال العقد أو إقصاء الالتزامات في حالة الاستغلال (م ١٢٩ من التقنين المدني الجديد) . وما قرره من إقصاء الالتزام المرهق في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ من التقنين المدني الجديد) . وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائي (م ٢٢٤ من التقنين المدني الجديد) . وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذي يسمح به القانون (م ٢٢٧ من التقنين المدني الجديد) .

ومن الأحكام التي تحمي الغير حسن النية القواعد التي رسمها القانون لشهر الحقوق العينية ، فيكون باطلاً اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية في حق المشتري ولولم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذي يتطلبه القانون^(٢) . كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن في تصرفات

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي (عاين عليه في المادة الأولى منه) قد وضع قاعدة من قواعد النظام العام وهي عدم جواز زيادة ملكية الفرد عن حد معين (قضى مدني ١٤/١١/١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض السنة (٨) رقم ٨٨ من ٧٩٨)] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن المشرع قد هدف بالأحكام الواردة في المادتين ١٢ و ٥٨ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والمادتين ١١١٤ و ١٠٥٤ من التقنين المدني الجديد — إلى تنظيم شهر التصرفات العقارية حماية للائتمان العقاري — فتعتبر هذه الأحكام لعلها متعلقة بالنظام العام ومن ثم تكون القواعد التي التي قررتها قواعد آكرة واجبة التطبيق حتماً ولا يسوغ مخالفتها بمقولة أن من شرعت لها حجة قد تنازل عن التمسك بها (قضى مدني ١/٦/١٩٦٠ بمجموعة أحكام النقض السنة (١١) رقم ٦٧ من ٤٢٥)] .

مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليصية . ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصي أو عدم مسئوليته عن النفس الذى يصدر منه . ولا يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ ، ولا الإعفاء من المسئولية العقابية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم .

المطلب الثانى

الاتفاقات التى تخالف الآداب

٢٣٨ — **الموقوفات الجنسية** : كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب . كذلك يكون باطلا كل تمهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصاً آخر فى مقابل إيجاد علاقات جنسية معه ، أو فى مقابل استمرار هذه العلاقات ، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت . أما إذا كان اللال الذى يتعهد الشخص بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب الشخص الآخر من ضرر من جراء العلاقات الجنسية ، فالتعهد صحيح ، بل هو اعتراف بالالتزام طبيعى .

٢٣٩ — **بيوت المهاراة** : وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت المهارة يعتبر باطلا لمخالفته للآداب ، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إدارى . فيبيع بيت يدار للمهارة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه وإنشاء شركة لاستغلاله ، وإقراض مال للاعانة على إدارته ، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب وسنرى عند الكلام فى السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للمهارة وقت صدورهما ، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للمهارة وكان للمتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث .

٢٤٠ — **المقامرة** : ويكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان لمخالفته للآداب ، ولئن خسر أن يسترد مادفعه فى خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه

٢٩ — مصادر الالتزام

ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٧٣٩ من التقنين المدني الجديد) . ويستثنى من ذلك الرهان الذى يعقده فيما بينهم للتبارون شخصياً فى الألعاب الرياضية ، ولكن للقاضى أن يحتض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه ، ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م ٧٤٠ من التقنين المدني الجديد) . ويمد باطلا بيع يت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة ، سواء فى ذلك كان البيت معداً للمقامرة قبل صدور العقد ، ويكون الحل فى هذه الحالة مخالفاً للآداب ، أو لم يكن معداً لها ما دام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقامرة ، ويكون المخالف للآداب فى هذه الحالة هو السبب لا الحل كما رأينا فى بيوت العهارة .

٢٤١ — أمرى بوقايات مخالفة للآداب : ويمد مخالفاً للآداب كسب المال من طريق غير شريف . فن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلاً ، كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء مرقه فى مقابل أجر يأخذه . كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر ، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل أجر لذلك . ولا تجوز الخديعة ولا الانحراف عن واجب الذمة فى التعامل . فالاتفاق على ألا يعترف شخص بمسئوليته ولو أدى ذلك إلى أن يكذب يكون باطلاً لأنه مخالف للآداب . وكان القضاء الفرنسى يطل الاتفاق الذى يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون بالهتافة (claque) يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور . ثم رجع القضاء عن ذلك ، وأصبح الآن يقضى بصحة هذا الاتفاق لأن الهتافة قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن البتدئين . ولا يمد باطلا اتفاق أحد النسابة (généalogiste) مع وارث على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه ، مادام النسابة لم يخدع من تعاقد معه ، بل كشف له عن سر حقيقى كان يحمله .

الفروع الثالث

السبب (*)

(La Cause)

٢٤٢ — السبب عنصر متميز عن المورادة ولكنه متعلزم معها : تعرف السبب تعريفاً أولياً بأنه هو الغرض المباشر الذى يقصد للتعزم الوصول اليه من وراء التعزم . والفرق بينه وبين المحل — كما يقال عادة — هو أن المحل جواب من يسأل : لماذا التعزم المدين (Quid debetur) ، أما السبب فجواب من يسأل : لماذا التعزم المدين (Cur debetur) (١) .

(*) بعض المراجع : كايتمان : السبب في الالتزامات — لوى لوكا (Louis Lucas) الدين والقدر — جوسران : الباعث في الأعمال القانونية — ريبير : القاعدة الخلفية في الالتزامات — ديموج في الالتزامات جزء ٢ — بنكاز ملحق بودرى جزء ٢ — دراسات كايتمان : سيموني (Simonius) في السبب في القانون السويسرى من ٧٥٣ — فان كان (Van Kan) أصل الالتزام دون سبب في القانون المدنى من ٨٧٥ — نظرية العقد للمؤلف من فقرة ٥٠٧ — الدكتور هجت بدوى من فقرة ١٠٠ الدكتور حشمت أبو سقيت من فقرة ٢١٧ — الرسائل والفتاوى : أرتير (Artur) باريس سنة ١٨٧٨ — بريسو (Brissaud) سنة ١٨٧٩ — تيمبال (Timbal) تولوز سنة ١٨٨٢ — كولان (Collin) باريس سنة ١٨٩١ — سيفريادس (Séfériadés) باريس سنة ١٨٩٧ — بلنيل (Plesnila) باريس سنة ١٩١٠ — بيشون (Pichon) باريس سنة ١٩١٤ — سافاتييه (Savatier) بواتيه سنة ١٩١٦ — دوبريل (Dubreuil) ليون سنة ١٩١٩ — لويس لوكا (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ — دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩١٩ ومقال له في المصائر الحديثة لنظرية السبب في الالتزامات في باجيكا القضائية سنة ١٩٢٩ — موري (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ — هاميل (Hamel) باريس سنة ١٩٢٠ — يوناسكو (Ionasco) باريس سنة ١٩٢٣ ، ومقال في مجلة القانون المدنى الإقائمية سنة ١٩٣١ — سيليس (Célice) باريس سنة ١٩٢٣ — كاسان في مجلة القانون التجارى السنوية سنة ١٩٢٣ — ماكرون (Macqueron) باريس ١٩٢٥ — شيفريه (Chevrier) باريس سنة ١٩٢٩ — برس (Bresse) في السبب في القانون الانجليزى ديجون سنة ١٩٢٩ — رينو (Renaud) باريس ١٩٣٠ — فيدل (Vedel) في السبب في القانون الإدارى تولوز سنة ١٩٣٤ — بواجيزان (Bois Juzan) بوردو ١٩٣٩ — الأستاذ عبد الحميد رشدى مقال في المحاماة السنة العاشرة — الأستاذ نصيف زكى مقال في المحاماة السنة الحادية عشرة . [وانظر أيضاً ميدان ج ٨ من ١٢٣ بند ١٩٣ وما بعده — وحى باج ج ١ بند ٨٤ وج ٢ بند ٤٧١ وما بعده من ٤٤٢ وما بعدها] .

(١) وأول من قال بهذه الفارئة المشهورة بين المحلل والسبب هو الأستاذ أودو (Audot) ثم تلاها ==

والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً في كل التزام ، بل يقتصر على الالتزام العقدي
إذ الالتزام غير العقدي لم يعم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الفرض المباشر الذي
قصد إليه الملتزم من وراء التزامه .

والسبب كمنصر في الالتزام العقدي دون غيره إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة .
والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه هو الفرض المباشر الذي اتجهت إليه
الإرادة . فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها ، بل هو عنصر متميز عن
الإرادة . ولكن لما كانت الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب
أى دون أن ترمى إلى غرض تهدف لتحقيقه ، لذلك كان السبب ، وإن تميز عن الإرادة
متصلًا بها أوثق الاتصال . فحيث توجد الإرادة يوجد السبب . ولا تتصور إرادة لا تتجه
إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعى . كإرادة المجنون . ولكننا رأينا أن الإرادة
لا يمتد بها إلا إذا صدرت عن وعى وتمييز ، فالإرادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب .
ويمكن إذن أن نستخلص مما تقدم أن السبب ركن في العقد غير ركن الإرادة .
ولكن الركنين متلازمان . لا ينفك أحدهما عن الآخر ^(١) .

٢٤٣ — السبب والإرادة معناه متلازمان ، ولكن السبب والشكل معناه
متعارضان : وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية : كلما زاد حظ الإرادة في تكوين
العقد ، وضعف حظ الشكل ، زادت أهمية السبب . ذلك لأن الإرادة ، من حيث أنها
تحدث آثاراً قانونية ، إذا انطلقت من قيود الشكل ، وجب أن تنقيد بالسبب ، وعند ما
كان الشكل وحده — دون الإرادة — هو الذي يكون العقد ، لم يكن للسبب من أثر .

== عنه كثير من الفقهاء : أوبرى ورو ٤ س ٥٤٦ حاشى رقم ٢ — هيك ٧ س ٧٥ — ديملومب
٢٤قرة ٣٤٥ وقرة ٣٥٩ — لوران ١٦ ققرة ١٠٩ — بودرى وبارد ١ ققرة ٢٩٧ وقرة
٣٠٢ — ديوج ٢ ققرة ٧٤٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ ققرة ٢٧٩ .

(١) انظر آخاً ققرة ٦٨ .

وبدأ السبب في الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر من قيود الشكل . وكما زاد تحررها من هذه القيود زاد ربطها بقيود السبب ، إلى أن تم تحررها ، فوجدت نظرية السبب كاملة تحمل محل الشكل .

ونرى مما تقدم أنه حيث يتطلب الشكل يقل شأن السبب ، وحيث يضيف الشكل يقوى أمر السبب . وهكذا كانت الحال في القانون الروماني : فقد بدأ هذا القانون شكلياً ، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب . ولما أخذ الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائية ، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيداً لها بدلاً من الشكل . وهكذا كانت الحال في القانون الفرنسي القديم : فإن السبب لم يكده يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية في العقود . فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تستره ، وبرز قوياً ليعطى الإرادة بقيود تحمل محل قيود الشكل . وهكذا هي الحال في القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تنعدم ، فأبنت نظرية السبب وتطورت ، بل لعلها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت في القانون الكنسي ، لولا أن المقد المجرّد حل محل المقد الشكلي في الانتقاص من سلطان السبب .

٢٤٤ — عمق السبب بالمشروعية وبعبوب الإرادة : منذ تحررت الإرادة من الشكل ، حاطها السبب بقيود على ما قلنا . وبدأ ذلك يكون لحماية المجتمع عن طريق المشروعية وفي صورة السبب المشروع . فالإرادة حتى تنتج أثرها يجب أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام ولا مع الآداب ، وذلك حماية للمجتمع . ثم اتخذت نظرية السبب لها هدفاً آخر إلى جانب هذا الهدف الأول ، فصارت تحمي التعاقد نفسه من هزله ونسيانه وما قد يقع فيه من غلط أو تدليس أو إكراه . وهكذا بعد أن تحررت الإرادة من الشكلية أخذت تتحرر من العيوب عن طريق نظرية السبب . وبعد أن قامت نظرية السبب لحماية المجتمع ، أخذت تقوم لحماية المجتمع والتعاقد جميعاً .

ولعل أول صورة تمثل لعيوب الإرادة انطبقت في نظرية السبب . ثم أخذت عيوب

الإرادة تستقل عن السبب شيئاً فشيئاً ، وتكسب لها كياناً ذاتياً خارجاً عن منطقة السبب .
فانفصل الإكراه ، ثم انفصل التدليس . وأصبح السبب الآن لا يختلط إلا بالغلط في منطقة
مشتركة ، هي منطقة السبب الغلوطن أو الغلط في السبب . وقد أتم التقنين المدني الجديد هذا
التطور ، ففصل بين الغلط والسبب فصلاً تاماً . وأصبح السبب في هذا القانون مقصوراً على
السبب المشروع . وهذه الدائرة المحدودة — دائرة السبب المشروع — هي الدائرة الأولى
التي نشأ فيها السبب عندما بدأ يظهر في القانون الكنسي . وبذلك رجع السبب سيرته
الأولى ، وعاد كما بدأ .

٢٤٥ — تطور العقد من عقد شكلي إلى عقد رضائي مسبب إلى عقد رضائي مجرد :
وتاريخ نظرية السبب يهذبنا إلى حقيقة أخرى . فسيقرنا هذا التاريخ أن العقد بدأ عقداً
شكلياً (contrat formel) حيث السبب لا أثر له كما قدمنا . ثم تطور إلى عقد رضائي
(contrat consensuel) حيث السبب له أكبر الأثر ، ثم تطور أخيراً إلى عقد مجرد
(contrat abstrait) حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير مباشر .
وسنرى أن التقنين المصري الجديد لم يماش هذا التطور إلى نهايته ، ولم يسر في ذلك على
نهج القوانين الجرمانية ، بل حرص على أن يبقى في دائرة القوانين اللاتينية ، حيث لا يزال
العقد رضائياً ، وحيث تشغل نظرية السبب في العقد المكان البارز ، وحيث لا يوجد العقد
المجرد إلا في دائرة محدودة ضيقة .

٢٤٦ — خطة البحث في نظرية السبب : ونستعرض نظرية السبب في مبحثين ، نتعقب
في البحث الأول منها كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت ، ونبسط في البحث
الثاني نظرية السبب في القانون الحديث .

المبحث الأول

كيف نشأت نظرية السبب

٢٤٧ — القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم : في هذين القانونين يجب أن نتمتع كيف نشأت نظرية السبب . ولعل نظرية قانونية لا يلقى عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقى التاريخ على نظرية السبب . وسنرى أن القانون الروماني ظل يعمل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غابت فيه الشكلية . وقد نبث النظرية ثم ترعرت منذ تحررت الإرادة من الشكل في عهد القانون الكنسي كما قدمنا ، وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يفاير طبيعتها ، وانقلابت على يد دوما (Domat) ومن سبقه وتلاه من الفقهاء من نظرية ذاتية إلى نظرية موضوعية . وبقيت كذلك عهداً طويلاً . وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسي الحديث ، ضميعة الأثر ، قليلة الجدوى . وسنشهد بعد ذلك كيف أن النظرية استردت جذتها في العهد الأخير ، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية ذاتية .

المطلب الأول

نظرية السبب في القانون الروماني

§ ١ — العهد القديم

٢٤٨ — العقود كانت شكائية فلم يكن للسبب فيها أي أثر : كانت العقود في العهد القديم للقانون الروماني شكلية . فكان العقد يتعقد بأوضاع وأشكال خاصة ، ولم يكن للإرادة أي دخل في تكوينه . وكانت العقود الشكلية ثلاثة : عقد يتم بوزن صوري (*nexum*) ، ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابي (*litteris*) ويتم بكتابة على نحو خاص ، والعقد اللفظي (*verbis*) ويتم بالفاظ معينة . ولم تكن هذه العقود الشكلية عقوداً

بالذات ، بل كانت قوالب تصب فيها العقود . فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغير ذلك من العقود كانت توضع في شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها . وهذه الأشكال هي التي كان الرومان يدعونها « السبب المدني » (*causa civilis*) . فهي ليست سبباً للالتزام العقدي على النحو المعروف في القانون الحديث ، بل هي سبب لانعقاد العقد أو هي الشكل القانوني الذي يحمل العقد بتكون^(١) . وهذا الشكل ضروري في انعقاد العقد ، وهو في الوقت ذاته كاف لانعقاده . فهو ضروري لأن العقد بدون له لا يتعقد . وهو كاف لأنه متى وجد انعقد العقد ، سواء قامت إرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تتم ، وسواء كانت الإرادة إذا قامت صحيحة أو معيبة ، وسواء اتجهت إلى غرض مشروع أم غرض غير مشروع . فالشكل وحده ، لا الإرادة ، هو الذي يوجد العقد . ومن ثم يتبين أن السبب في هذه العقود الشكلية لم يكن له أي أثر في تكوين العقد ، فسواء وجد أو لم يوجد ، وسواء كان مشروعاً أو غير مشروع ، فإنه لا شأن له بالعقد ، مثله في ذلك مثل الإرادة . ومتى توافر للعقد شكله القانوني انعقد ، دون نظر إلى الإرادة ، ودون نظر إلى السبب .

٢٤٩ — وكذلك طرق نقل الملكية كانت شكلية ولم يكن للسبب فيها أي أثر : وكما كانت العقود في العهد القديم شكلية مجردة عن السبب ، كذلك كانت طرق نقل الملكية . فلم تكن الملكية تنتقل بالعقد . بل كان العقد يتلوه وضع خاص هو الذي ينقل الملكية . وكانت هذه الأوضاع هي أيضاً ثلاثة : وضع يتم بأشكال عتيقة (*mancipatio*) ووضع يتم بدعوى صورية أمام القضاء (*in iure cessio*) ، ووضع مادي يتم بالتسليم (*traditio*) . وأي وضع من هذه الأوضاع متى تم تنتقل به للملكية ، دون النظر إلى

(١) لم يقتصر « السبب المدني » (*causa civilis*) في القانون الروماني على العقود الشكلية ، بل كان بوجه عام هو المصدر القانوني الذي يكون العقد ويضئ عليه قوته الملزمة . ومن ثم يكون « السبب المدني » للعقد الشكلية هو الشكل ، والعقد البينة هو تسليم الشيء ، والعقد الرضائية هو مجرد الاتفاق ، والعقد غير المساهة هو قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وهكذا .

السبب الذى انتقلت من أجله كبيع أو هبة أو شركة . فإذا باع شخص من آخر شيئاً ، وتم وضع من هذه الأوضاع الثلاثة ينقل به البائع ملكية المبيع إلى المشتري ، انتقلت الملكية ، دون نظر إلى ما إذا كان البيع قد تم أو لم يتم ، ودون نظر إلى ما إذا كان قد تم صحيحاً أو كان فيه عيب .

§ ٢ — العهد المدرسى

٢٥٠ — انقضاء أكثر العقود الشكلية : تطور القانون الرومانى بإنتشار التجارة وتقدم طرق التعامل ، فاختفت أكثر العقود الشكلية . اختفى عقد الوزن الصورى (*nezum*) بزوال الفائدة التى كان يولبها ، وهى دعوى من دعاوى الرومانى القديمة تمكن الدائن من السيطرة على جسم المدين (*manus injectio*) . واختفى العقد الكتابى (*litteris*) باخفاء السجلات الخاصة التى كان هذا العقد يدون فيها ، وكان الرومان قبلها يحتفظون بها ، ثم أخذوا يهجرون هذه العادة شيئاً فشيئاً حتى انقرضت ، فاقترض باقراضها العقد الكتابى .

ولم يبق من القيود الشكلية إلا العقد اللفظى (*verbis, stipulatio*) لسهولة النسيئة وللحاجة إليه إذا حرص المتعاقدان على استبقاء مزايا العقد الشكلى .

٢٥١ — برء ظهور السبب فى العقد اللفظى : على أن العقد اللفظى مع بقائه شكلياً لم يخل مع تطور القانون الرومانى من أن يتأثر بفكرة السبب . تأثر بها تأثراً غير مباشر فى ناحيتين ، ثم تأثر بها تأثراً مباشراً فى ناحية ثالثة .

فاذا كان العقد اللفظى سببه غير موجود أو غير مشروع ، فإن العلاج لم يكن بطلان العقد كما هو الأمر فى القانون الحديث ، بل كان العقد يبقى صحيحاً ، ولكن المدين يعطى دعوى من دعاوى الاسترداد المروقة فى القانون الرومانى (*condictiones sine causa*) يستطيع أن يسترد بها ما أعطاه دون سبب أو بسبب غير مشروع . وهذه الدعوى قد يلجأ

اليها المدين كدعوى يرفعها على الدائن أو كدفع يدفع به دعوى الدائن . فهو إذا لجأ اليها كدفع يستطيع أن يتوق مطالبة الدائن له بالترام قام على سبب غير صحيح أو لسبب غير مشروع . وإذا لجأ اليها كدعوى يستطيع أن يسترد بها ما دفع للدائن وفاء لهذا الالتزام ، أو أن يتخلص من الالتزام ذاته اذا لم يكن قد وفى به . ومسترى عند الكلام فى الإثراء بلا سبب الصور المختلفة لدعوى الاسترداد هذه^(١) . ويلاحظ أن هذه الدعوى كانت من خلق القانون الرومانى (Jus civil) .

أما القانون البريطورى (droit prétorien) فقد جعل للمدين فى الحالة المتقدمة دفعا هو الدفع بالنش (exceptio doli) يستطيع به أن يتوق مطالبة الدائن ، دون أن يستطيع مهاجمته للتخلص من الترامه أو لاسترداد ما دفع .

هاتان هما الناحيتان اللتان تأثر فيهما العقد اللفظى بفكرة السبب تأثراً غير مباشر . ونقول غير مباشر لأن فكرة السبب لم تعترض العقد عند تكوينه ولم تؤثر فيه تأثيراً مباشراً بأن تمنع نفاذه ، بل بقى العقد صحيحاً نافذاً . ولكن عند تنفيذه تظهر فكرة السبب ، فتوجب الاسترداد أو تمنع التنفيذ ، عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع .

على أن هناك ناحية ثالثة تأثر فيها العقد اللفظى بفكرة السبب تأثراً مباشراً كما أسلفنا القول . وقد كان ذلك فى ناحية عقد القرض إذا كان واقعاً على مبلغ من النقود . فقد جرت العادة فى القانون الرومانى بأن يتعهد المقرض برد القرض بمقد لفظى ، ثم بمقد مكتوب يكتب فيه الشرط اللفظى بدلا من التفوه به ، وذلك قبل أن يسلم مبلغ القرض . فهو قد التزم قبل أن يسلم شيئاً ، والترامه صحيح مادام قد استوفى الشكل المطلوب . فإذا أراد أن يستعين بدعوى الاسترداد ، فعليه هو أن يثبت أنه لم يسلم شيئاً حتى يلتزم برده ، ولا يكلف المقرض إثبات السبب . وكان من وراء ذلك أن تعسف

(١) ومن ثم كان أول مظهر لفكرة السبب فى تطورها مظهراً اتخذت فيه صورة الإثراء بلا سبب ، على فرق ما بين معنى « السبب » فى الحالتين .

المقرضون بالمقرضين ، إذ كان هؤلاء يلتزمون مقدماً وقد لا يتسلمون شيئاً أو يتسلمون مبلغاً أقل من المذكور بالعقد ، ويقع عليهم مع ذلك عبء الإثبات إذا أرادوا التخلص من هذا الالتزام . فأدخل قانون إمبراطورى (constitution impériale) تعديلاً فى هذه الأحكام يقضى بأنه إذا ألزم المقرض ، واعترف كتابة بأنه تسلم مبلغ القرض ، فله أن يقرر بطريق الدعوى أو بطريق الدفع أنه لم يتسلم فى الواقع شيئاً (querela non numeratae pecuniae) ، وعلى المقرض إذا أراد استيفاء الالتزام أن يثبت أن المقرض قد تسلم القرض . ومعنى هذا أن الدائن فى هذه الحالة مكلف أن يثبت وجود سبب للالتزام وإلا كان العقد غير نافذ . ومن هنا دخلت فكرة السبب فى العقد اللفظى عن طريق مباشر فاندمام السبب يمنع نفاذ العقد ، ولا يقتصر على إباحة الاسترداد أو على التخلص من الالتزام بعد أن يصير العقد نافذاً^(١) .

ويلاحظ أنه حتى عند ظهور هذا الأثر المباشر لفكرة السبب فى العقد اللفظى . فإن السبب لم يتم على أساس نفسى متصل بإرادة المتعاقد ، بل قام على أساس موضوعى لاصلة له بهذه الإرادة . فهو قد قام على واقعة أن المقرض لم يتسلم القرض ، وأن المدالة تقضى فى هذه الحالة ألا يلتزم بشئ نحو المقرض . فالسبب هنا كالسبب فى الفرضين السابقين — دعوى الاسترداد والدفع بالنش — إنما قام على اعتبارات تتصل بالمدالة لا بالإرادة . وبقيت الشكلية فى العقد اللفظى ممانعة من ظهور السبب متصلاً بالإرادة . ذلك أن الشكلية والإرادة فى القانون الرومانى ضدان لا يمتنعان ، وإذا طردت الشكلية الإرادة فإنها تطرد فى الوقت ذاته السبب بمعناه النفسى وهو المعنى المتصل بالإرادة .

(١) وقد عدلت القاعدة بعد ذلك وأصبح عبء الإثبات لا يقع على المقرض إلا إذا لم يذكر فى العقد المكتوب أن الالتزام له سبب قد تحذ (cautio discreta) أى إنما لم يتصرف الدين كتابة أنه تسلم مبلغ القرض . فلذا اعترف بهذا كان هو المكلف بإثبات أنه لم يتسلم . ولم تقف القاعدة عند حد عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود ، بل جاوزت هذا العقد إلى عقد المهر ، ثم إلى عقد القرض الواقع على التلئيات غير النقود . وعممت القاعدة بعد ذلك ، فأصبحت تشمل جميع العقود (انظر كاييتان فى السبب فقرة ٤٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه جزء ٢ فقرة ٢٨٤) .

٢٥٢ — ظهور السبب في العقود غير الشكلية: وقد ظهر إلى جانب العقود الشكلية

في القانون الروماني عقود أخرى غير شكلية، أهمها العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة وعقود التبرع. ولما كان أكثر هذه العقود تتدخل الإرادة في تكوينه، فقد بدأت فكرة السبب تظهر بظهور الإرادة في تكوين العقد.

أما في العقود العينية — وهي القرض والعارية والوديعة والرهن — فإن الإرادة لم تكن ظاهرة، وكان أساس الإلزام في هذه العقود هو تسليم العين إلى الملتزم، فهو ملزم بردها لأنه تسلمها وإلا كان مثيراً دون سبب.

وعلى النقيض في ذلك العقود الرضائية — وهي البيع والإيجار والشركة والوكالة — فالإرادة فيها تتدخل في تكوين العقد، بل هي وحدها كافية لتكوينه. ومن ثم ظهرت فكرة السبب في هذه العقود ظهوراً واضحاً. ففي عقد البيع التزام البائع بسبب الالتزام للمشتري، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام الحل لم يتم التزام المشتري لانعدام السبب. ولكن فكرة السبب في عقد البيع كانت تقف عند هذا الحد، فلا تتجاوز مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه. ويظهر ذلك في امتناع الدفع بعدم التنفيذ وفي امتناع الفسخ وفي تبعة هلاك المبيع، وكلها أمور ترجع إلى تنفيذ العقد وتتصل بفكرة السبب. فكان لا يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع، ولا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى لو امتنع المشتري عن دفع الثمن، فالالتزام كل المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر. ومن ثم امتنع الدفع بعدم التنفيذ. وإذا كان القانون الروماني جعل للمشتري فيما بعد دعوى الفسخ ليمتنع عن دفع الثمن حتى يسلم المبيع، وجعل للبائع الحق في حبس المبيع حتى يقبض الثمن، فإن ذلك لم يكن أثراً لعقد البيع ذاته، بل لاعتبارات ترجع للمدالة. ولو كان البيع يوجد ارتباطاً بين التزامات كل من المتعاقدين لكان المنطق يقضي بأن تكون دعوى كل منهما ناشئة من عقد البيع (*actio ex empto*)^(١) كذلك لم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم

(١) انظر كايغان في السبب ص ٩٤.

يتم التعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، بل يبقى البيع ، ويطلب بتنفيذ الالتزام الذى لم ينفذ . حتى لو كان التعاقد المطالب بالتنفيذ لم يتم من جانبه بتنفيذ التزامه ، لأن التزام كل من المتعاقدين مستقل فى تنفيذه عن التزام الآخر كما قلنا . وإذا هلك المبيع بعد البيع وقبل التسليم ، كانت تبعه الهلاك على المشتري لاعلى البائع . وفى هذا إيمان فى تأكيد الاستقلال ما بين التزام البائع والتزام المشتري عند التنفيذ . ذلك أنه إذا استحال على البائع هلاك المبيع تنفيذ التزامه ، يبق المشتري مع ذلك ملزماً بدفع الثمن لاستقلال التزامه عن التزام البائع . ويبدو هذا الحل الرومانى قاطعاً فى المنعنى الذى أسلفناه إذا لاحظنا أن البيع فى القانون الرومانى لم يكن ينشئ فى ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، ولم يكن المشتري يصبح مالكا للمبيع بعقد البيع ذاته حتى يقال — كما قيل فى القانون الفرنسى — إن المشتري يتحمل تبعه الهلاك لأنه أصبح مالكا . ومن كل ذلك نرى أنه إذا وجد ارتباط ما بين التزام البائع والتزام المشتري عند تكوين عقد البيع حتى صح أن يقال إن كلا منهما سبب للآخر ، فإن هذا الارتباط منعدم عند تنفيذ البيع ، بل يصبح كل التزام فى تنفيذه مستقلاً كل الاستقلال عن الالتزام الآخر ، وتقف فكرة السبب كما قلنا عند تكوين البيع ، دون أن تتجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ^(١) .

وفى العقود غير المسماة ظهر السبب على الوجه الآتى : فى عقد المقايضة مثلاً إذا سلم أحد المتقايضين الموضع الذى يملكه ، التزم الآخر بتسليم ما يقابله من الموضع . وهذا الالتزام الأخير يقوم لاعلى إرادة الملتزم وحدها ، بل على هذه الإرادة مضافاً إليها أن سببها قد تحقق . ذلك أن سبب إرادة التعاقد الآخر فى أن يلتزم بتسليم ما عنده هو أن يتسلم ما عند التعاقد الأول ، وقد تسلمه فعلاً ، فتحقق السبب . فإرادته هنا تؤخذ مقرونة

(١) أما فى عقد الإيجار فإن الارتباط يتجاوز التكوين إلى التنفيذ ، إذ كانت الأجرة فى هذا العقد تقابل الانتفاع ، فإذا تعذر الانتفاع ولو بقوة ظاهرة ، عند تكوين العقد أو عند تنفيذه ، فإن الأجرة لا تعجب . وإذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة مدة سنتين ، كان للمؤجر الحق فى استرداد العين المؤجرة (كاييتان فى السبب ص ٩٨) . ويرجع هذا إلى أن عقد الإيجار عقد زمنى ، الزمن فيه عنصر جوهرى ، وهو محل العقد ذاته .

بالسبب لا مجردة عنه^(١).

وفي الهبة — وهي أهم عقود التبرعات — اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد كبير . فالتبرعات المحضة تقوم على نية التبرع (*animus donandi*) ، وهي السبب في التزام المتبرع . وتترتب على ذلك نتيجة هامة ، هي أنه إذا انعدمت هذه النية انعدم السبب وبطل التبرع . فمن تعهد بوفاء التزام طبيعي معتقداً أنه التزام مدني لا يكون متبرعاً ، ويطلب تعهده لانعدام السبب . والهبة المقترنة بشرط (*donatione sub modo*) يكون الشرط سبباً لها إذا كان هو الدافع إلى التبرع . فإذا لم يحم الموهوب له بتنفيذ الشرط ، كان للواهب أن يسترد هبته بدعوى استرداد (*conditio causa data, causa non secuta*) وله أيضاً أن يحرم الموهوب له على تنفيذ الشرط . وفي الوصية — وهي إرادة منفردة — اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد أن مزجه بالباعث . فإذا اعتقد الموصي أن وارثه قدمات فأوصى بماله لأجنبي ، وتبين أن الوارث لا يزال حياً ، واستطاع هذا أن يثبت أن الباعث على الوصية هو اعتقاد الموصي أن الوارث قد مات ، فالوصية باطلة لانعدام سببها^(٢).

٢٥٣ — موقف القانون الروماني من نظرية السبب : ويتبين مما قدمناه أن القانون الروماني اعترف في بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود . وهذه العقود هي التي ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها . وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب . ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية (*objectif*) لا ذاتية (*subjectif*) ونظروا إلى السبب موجوداً في العقد (*intrinsèque*) لا خارجاً عنه (*extrinsèque*) ،

(١) وإذا لم يتم التعاقد الآخر بتنفيذ التزامه من تسليم ماعنده للتعاقد الأول ، كان لهذا أن يطالبه بالتنفيذ كما قلنا . وكان له أيضاً أن يسترد ماسلمه بدلاً من المطالبة بالتنفيذ . وقد يكون هذا أثراً من دعوى الاسترداد التي كانت للتعاقد الأول قبل الاعتراف بالقوة الملزمة للعقود المسماة ، أو قد يكون الحق في الاسترداد نتيجة لفسخ العقد ، وفي هذا اعتراف بالسبب فهو الذي بنى على تخلفه فسخ العقد (كاييتان في السبب فقرة ٥١) .

(٢) كاييتان في السبب فقرة ٥٥ .

وهو واحد لا يتغير (invariable) في النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والذوائف وإذا كانوا قد توسعوا في السبب فزجوه بالباعث ، فقد فعلوا ذلك في نطاق ضيق محدود ، وكان ذلك بنوع خاص في بعض التبرعات على النحو الذي بيناه^(١) . وسنرى فيما يلي أن هذا التصور الروماني هو الذي رجع إليه دوما (Domat) ، في صياغته لنظرية السبب .

وننظر الآن كيف تطورت نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم قبل عهد دوما ومنذ ذلك العهد .

المطلب الثاني

نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم

٤٢٥ — عهدنا : بقيت فكرة السبب تتطور تطوراً مستمراً طوال القرون السبعة التي سبقت الثنتين اندى الفرنسي ، من القرن الثاني عشر إلى مستهل القرن التاسع عشر .

وفي خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يفصل بينهما الفقيه الفرنسي المعروف دوما (Domat) في القرن السابع عشر . إذ هو الذي صاغ فكرة السبب نظرية عامة ، بعد أن تهيأت لها عوامل الصياغة طوال القرون التي سبقت . ومنذ صاغ دوما نظرية السبب تبعته الفقهاء في صياغته ، وتناقلت عنه ما كتب ، حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتيه (Pothier) إلى الثنتين المدي الفرنسي .

فتنصرت تطور السبب في كل من هذين العهدين : (١) عهد ما قبل دوما (٢) العهد الذي بدأه دوما .

(١) على أن هذا التصور الخاص لفكرة السبب لم يكن إلا نتيجة للصياغة الرومانية الشكلية ، فلم تضع الرومان أية نظرية للسبب ، بل لهم كانوا إذا أطلقوا كلمة « السبب » قصدوا بها « السبب المدني » (causa civilis) الذي رأيناه فيما تقدم .

١٥ — نظرية السبب في العهد الفنى سبق دوما^(١)

٢٥٥ — الرومانيون والكفسيون : تداول فكرة السبب في هذا العهد فريقان من الفقهاء الرومانيين (romanistes) وفريق الكنسيين (canonistes) . فالرومانيون رجعوا للفكرة الرومانية في السبب ، وهى فكرة شكلية موضوعية كما قدمنا ، ولذلك لم تتقدم نظرية السبب على أيديهم أكثر مما كانت في القانون الرومانى . أما الكنسيون فهم الذين خطوا بفكرة السبب خطوات جبارة ، فانزعوها من أصلها الرومانى إلى أفق أرحب ، وجعلوها فكرة مؤثرة فعالة . وننظر الآن كيف كانت فكرة السبب عند كل من الفريقين .

٢٥٦ — فكرة السبب عند فقهاء الرومانيين : عاد المحشون (glossateurs) إلى فكرة السبب الرومانية ، وتطلبوا السبب في مختلف العقود . ولكن السبب عندهم كان أمراً شكلياً محضاً ، والمهم ليس هو وجوده بالفعل ، بل هو مجرد ذكره في الورقة المثبتة للعقد .

أما البارتوليون (Bartolistes) فقد اقتفوا أثر من تقدمهم . وعنوا بنوع خاص بالعقود الملزمة للجانبين ، فأبرزوا الارتباط ما بين الالتزامات المتعاقبة في هذه العقود . ولكنهم مع ذلك التزموا حدود القانون الرومانى ، فلم يصلوا إلى حد القول بنحو الفسخ في البيع إذا لم يتخذ أحد المتعاقدين التزامه ، بالرغم من أن منطق الارتباط ما بين الالتزامات المتعاقبة كان يقضى عليهم بذلك . وميز البارتوليون ، كما فعل المحشون ، بين السبب والباعث ، فسموا الأول « السبب القريب » (causa proxima) وكان المحشون يسمونه « السبب القصدى » (causa finalis) ، وسموا الباعث « السبب البعيد »

(١) انظر بنوع خاص في هذا العهد كايان في السبب فقرة ٥٧ — فقرة ٧٧ — شغريه (Chevrier) في تاريخ السبب في الالتزامات باريس سنة ١٩٢٩ — بواجيزان (Bols-Juzan) في السبب في القانون الفرنسى بوردو سنة ١٩٣٩ ص ١١٠ — ص ١٤٤ — والمراجع المشار إليها في هذه المؤلفات .

(*causa remota*) وكان المحشون يسمونه « السبب الدافع » (*causa finalis*) . وجعلوا السبب دون الباعث هو الذى يؤثر فى القصد . وهذا التمييز ما بين السبب والباعث غريب عن القانون الرومانى ، وقد ابتدعه فريق الفقهاء الرومانيين مستلهمين فيه الفلسفة اليونانية . أما الرومان فكان السبب عندهم هو ما كانوا يسمونه « بالسبب المدنى » (*causa civilis*) وهو السبب الإنشائى الذى عرفناه فيما تقدم وهذا شيء آخر غير السبب القصدى الذى عارضه الفقهاء الرومانيون بالباعث .

ويمكن القول بوجه عام إن فريق الفقهاء الرومانيين قد أحيوا الفكرة الرومانية فى السبب ، ولكنهم كاقدمنا لم يماورزوا الحدود التى التزمها القانون الرومانى . فبقيت فكرة السبب عندهم ، كما كانت عند الرومان ، فكرة موضوعية لافسفية ، داخلة فى القصد لا خارجة عنه ، وهى واحدة لا تتغير فى نوع واحد من العقود .

٢٥٧ — فكرة السبب عند فرس الفقهاء الكنسيين : أما فريق الفقهاء الكنسيين فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية اعتبارات أخرى أولى عندهم بالتقدم ، هى الاعتبارات الأدبية للمسيحية . وهذه الاعتبارات الأخيرة كانت تقتضيهم أن يقرروا مبدأين :

المبدأ الأول أن الوفاء بالوعد واجب ، وأن الإخلال به خطيئة . ومن ثم كان للتعاقد يلتزم بمجرد تعهده . فكانت الإرادة عندهم — لا الشكل — هى التى تنشئ القصد وتجعله ملزماً . وتدرج الفقهاء الكنسيون فى هذا للبدا حتى أقروا أى عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين ، دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك مما كان القانون الرومانى يتطلبه .

وللبدا الثانى أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع . ذلك أن القيام بعمل غير مشروع يعد خطيئة . ولا يصح الاحتجاج بأن للتعاقد قد ارتبط بالقصد والإخلال بما ارتبط به يعد خطيئة هو أيضاً . فالخطيئة ليست فى أن يخل بهذا الارتباط ،

بل في أن يرتبط بعقد غير مشروع . الارتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة ، وتنفيذه يعد خطيئة أخرى . وما نحن نرى إلى أى مدى يسوق هذا المنطق . فالغرض الذى يريد التعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب في تعاقد . وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلا . وإذا كانت الإرادة وحدها تلزم التعاقد ، إلا أن هذه الإرادة يجب أن تنجس إلى تحقيق غرض مشروع ، وإلا كانت عديمة الأثر . فيبرز أمامنا السبب في صورة أخرى غير الصورة التى ألقناها في القانون الرومانى ، شيئا غير مجرد الصياغة الفنية ، وعاملا نفسيا زائرا بالقوة ، بعيدا في الأثر . ويبدو لنا في وضوح أن الفقهاء الكنسيين وضعوا إلى جانب الإرادة — بعد أن جردوها من الشكل — الغرض الذى ترمى إلى تحقيقه ، وربطوها به ، فأصبحت الإرادة لا تنفصل عن الغرض الذى تهدف إليه ، وهى إذا تجردت عن الشكل فليست تنجس عن السبب . والسبب هنا ليس هو هذا السبب الرومانى ، للموضوعى ، الداخلى في العقد ، والذي يبقى واحدا لا يتغير في نوع واحد من العقود ، بل هو الباعث النفسى ، الخارج عن العقد ، والذي يتغير فيختلف في عقد عنه في العقد الآخر . ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذى ابتدعه الفقهاء الكنسيون أمورا أربعة :

أولا — أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملا أساسيا في تكوين العقد .

ثانياً — أن فكرة السبب تطورت تطوراً خطيراً ، فأصبح السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

ثالثاً — أن السبب بهذا المعنى الجديد حل محل الشكل قيدا على الإرادة . فدام الوعد القائم على الإرادة وحدها ملزماً دون حاجة إلى الشكل ، فلا أقل من أن يكون هذا الوعد متجهاً لتحقيق غاية مشروعة . ومن هنا استطاع الكنسيون أن يداوروا مبادئ القانون الرومانى فلا يتعارضون معه تعارضاً صريحاً ، وأمكنهم أن يتجنبوا ظاهراً القول

بأن الاتفاق العارى (pacte nu) ملزم وحده ، وأن يستبدلوا ببارة « الاتفاق العارى » عبارة « الوعد للسبب » (promesse causée) فيضيفوا إلى القاعة الرومانية للعقود الملزمة (pacta vestita) طائفة جديدة هي طائفة « الوعود المسببة » .

رابعا — أن السبب إذا كان قد قيد الإرادة من جهة ، فهو قد أطلقها من جهة أخرى ، إذ حررها من الشكل ، وجعلها وحدها ملزمة ما دامت تنجس لتحقيق غاية مشروعة .

فالكسنيون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب ، لا بمعناه الرومانى الضيق ، بل بمعناه الجديد الواسع .

وإذا كانوا قد جعلوا من نظرية السبب بادئ الأمر أداة قوية لحماية المجتمع عن طريق إبطال العقود التى تنجس لتحقيق أغراض غير مشروعة ، فانهم ما لبثوا أن جعلوا أيضاً من النظرية ذاتها أداة لحماية الفرد وتحرير إرادته من الغلط والتدليس والفسخ . ذلك أنهم أضافوا إلى السبب غير المشروع ، فى إبطال العقد ، السبب غير الحقيقى . فاذا وقع غلط أو تدليس فى الباعث على التعاقد ، كان السبب غير حقيقى ، وبطل العقد . ومن هنا اختلطت نظرية الغلط بنظرية السبب ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى نظرية الغلط .

هذا هو عمل الفقهاء من رجال الكنيسة ، إليه وحده يعود الفضل الأكبر فى إيجاد النظرية الصحيحة للسبب . وقد تبع رجال الكنيسة فى نظريتهم هذه بعض من الفقهاء للدنيين (civilistes) من أمثال لوازيل (Loysel)^(١) وديمولان (Dumoulin) ، فقالوا بالإدارة وحدها مصدراً لتكوين العقد ، واصلين فى هذا ما بين الإرادة والسبب ،

(١) وهو صاحب المثل المشهور : « يربط البقر بقرونه » ويربط الرجل بكلامه ، ومجرد الوعد أو الاتفاق يحمل العقود الظنية فى القانون الرومانى . « On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit Romain » (Inst. cont. max. 357).

وجاعلين للسبب المعنى الذى فهمه الفقهاء الكنسيون . وبقى قهواء مدنيون آخرون ، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Donneau) محافظين على تقاليد القانون الرومانى فلا يسلون بأن الاتفاق العارى عقد ملزم ، ولا يفهمون السبب إلا فى ضوء الفكرة الرومانية الضيقة . ولكن ما لبث الفريق الأول أن فاز على الفريق الثانى . فاعترف القعد والقضاء فى فرنسا بأن الإرادة وحدها ملزمة ما دامت الناية التى تهدف لتحقيقها غاية مشروعة ، وفهم السبب بالمعنى الذى ابتدعه الكنسيون : الباعث الدافع إلى التعاقد . فأبطلت العقود التى تهدف لاستغلال النفوذ، واعتبرت ديون القامرة باطلة لعدم مشروعيتها وأصبح الباعث يؤثر فى التبرعات من هبات ووصايا فإذا كان غير مشروع أو غير متحقق بطلت هذه التبرعات .

وسارت الأمور على هذا النحو المحمود حتى جاء دوما بصوغ نظرية عامة للسبب . ونظر الآن ماذا فعل هذا الفقيه هو ومن جاء بعده من الفقهاء .

§ ٢ — نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدنى الفرنسى^(١) .

٢٥٨ — العوامل التى أثرت فى هذا العهد وفقرائه البارزون : جاء دوما فى القرن السابع عشر ، وبدأ عهداً جديداً كان من المهود الحاسمة فى تاريخ تطور نظرية السبب . والعوامل البارزة التى كانت تؤثر فى التفكير القانونى لرجال هذا العهد ثلاثة .

أولاً — انتكاص القانون الرومانى وتقلص نفوذه . وقد أصبح تقسيم العقود إلى عقود شكلية وعقود غير شكلية ، وتقسيم العقود غير الشكلية إلى عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة واتفاقات برطورية واتفاقات شرعية ، كل هذه التقسيمات العتيقة أخذت

(١) أنظر بنوع خاص فى هذا العهد : كايان فى السبب بقرة ٧٧ — بقرة ٨٠ — شغريه فى ٢٤٦ وما بعدها — تبال فى ٨٨ وما بعدها — يوناسكو فى ٤٢ وما بعدها وما بعدها — بواجيزان فى ١٤٤ وما بعدها .

تهجر تفسير في طريقها إلى الاندثار . على أن فريقاً من الفقهاء المدنيين (civilistes) بقوا متأثرين بالنظرية الرومانية في السبب كما قلنا .

ثانياً — أثر القانون الكنسى . وقد رأينا رجال هذا القانون يتم على أيديهم فسخ مابين في ميدان سلطان الإرادة ، فيقولون بأن الإرادة وحدها ملزمة ، ويسير وراءهم في ذلك كثير من الفقهاء المدنيين .

ثالثاً — انتشار مبادئ القانون الطبيعى . وقد حمل لواءها جروسييس (Grotius) الفقيه الهولندى المعروف . وهى مبادئ توحى بنبذ ما يحوط الإرادة من أوضاع وأشكال رومانية عتيقة ، وتحكم العقل في كل ذلك فلا يتردد في إقصائها وتحجير الإرادة منها .

وهذا العهد الجديد بدأه دوما كما ذكرنا ، وطبعه بطابعه . وبقي أثر هذا الفقيه الفرنسى الكبير حياً في النفوس طوال الأجيال . واقتصر من جاء بعده من الفقهاء على ترديد ما كتبه في نظرية السبب ، دون أن يضيفوا إليها شيئاً يذكر ، غير الإسهاب في بعض التفصيلات وأبرز هؤلاء الفقهاء قيهان : بريفودى لاجانيس (Prévôt de la Janès) وپوتيه (Pothier) . ونستعرض أولاً ما كتبه دوما في نظرية السبب ، ثم ننظر ما قاله بعده هذان الفقهاء .

٢٥٩ — نظرية السبب عند دوما : لم يكن دوما مبتدعاً فيما كتبه في نظرية السبب بل هو نفسه لم يكن يشعر أنه يقول شيئاً جديداً عندما كان يقرر هذه النظرية في كتابه « القوانين للدينى » . كان يبسطها بسطاً موجزاً ، دون مناقشة أو بحث ، كما يبسط أمراً من الأمور المقررة في عصره ، فلا يرى نفسه في حاجة إلى تمحيص ما يورده من الآراء أو الدفاع عنها باعتبار أنها آراء جديدة . لذلك كان من اللبالة أن يقال — كما قال كثيرون — إن دوما له حظ كبير من الابتداع في نظرية السبب بل نحن لا نشارك أصحاب النظرية التقليدية في السبب ، من أمثال الفقيه الكبير كايبتان ، رأيهم من أن دوما له

فضل عظيم في دعم نظرية السبب على أساس صحيح . فعندنا أن دوما قد أساء إلى نظرية أكثر مما أحسن ، وعاق تطورها الطبيعي ، وأعادها إلى وضعها الروماني نظرية قاحلة مجدية والغريب أن دوما قد اعتاد في هذا ، لا لحكم العقل وقواعد المنطق التي أنها وسار عليها في كتابه^(١) ، بل إلى البقية من أثر القانون الروماني التي تسربت إلى القانون الفرنسي القديم على أيدي الفقهاء الرومانين (romanistes) وفريق من الفقهاء المدنيين (civilistes) الذين تأثروا بالأولين .

على أن لدوما مزييتين لا ينكران في هذا الشأن : (أولهما) هذه النظرة الشاملة التي أحاط بها موضوع السبب ، فصاغ منه نظرية عامة محبوك الأطراف لم تكن قبله قد نسقت على النحو الذي قام به هو . كانت هناك أحجار مهياة للبناء ، فشيدها دوما بناء مدعماً متماسكاً ، هو هذا الذي انتقل منه إلى من بعده من الفقهاء ، ثم منهم إلى أصحاب النظرية التقليدية التي ظلت سائدة طوال القرن للماضي . (والمزية الثانية) أن دوما سجل في وضوح كامل ما وصل إليه عصره في تحرير الإرادة من الشكل والرسوم والأوضاع . فقد كانت التقسيمات الرومانية المتينة لأصناف العقود قد دالت دولتها ، وزالت التفرقة بين الاتفاق العاري غير للزم والعقود والاتفاقات للزمة ، وأصبح كل اتفاق ملزماً . ويقرر الفقيه الكبير هذه الحقائق في عبارات جلية واضحة فيقول في كتابه « القوانين المدنية »^(١) : « كل اتفاق ، سواء أكان له اسم معين أم لم يكن ، ينتج أثره دائماً ويلزم بما تم الاتفاق عليه ... ولم يعد هناك محل لأن نبسط ما كان القانون الروماني يقيمه من فروق بين العقود

(١) فقد كان دوماً من دعاة القانون الطبيعي ، وعرف بأنه هو الذي أحيى التفكير المنطقي في الفقه المدني . فوضع كتابه المشهور « القوانين المدنية وفقاً لنظام الطبيعي » (Lois Civiles dans leur ordre naturel) ، ولم يتهج فيه نهج من سبقه من الفقهاء في شرح نصوص القانون الروماني (Corpus Juris Civilis) ، بل كان لا يرجع إلى هذه النصوص إلا لتكون مؤيدة لما يقرره من أحكام العقل والمنطق ، فيكون ذلك أبلغ في الإقناع وأدعى إلى الاطمئنان (mettre l'esprit en repos) ، كما يقول .

التي لها اسم معين والعقود التي لا اسم لها . فهذه التمييزات التي تنطوي على دقة زائفة لم تعد مقبولة في عرف عصرنا ، وهي مدعاة للاضطراب من غير ما فائدة » . ويلاحظ أن دوما يقرر أن الإرادة وحدها ملزمة على اعتبار أنها حقيقة مقررة في عصره ، لا تحتاج إلى تمحيص أو مناقشة . فقد كانت القاعدة التي تقرر أن « الاتفاق وحده ملزم » (*Solus consensus obligat*) قد ظفرت في النهاية ، وفاز أنصارها على معارضيها من الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الروماني .

أما العيب الجوهرى في نظرية دوما فهو أنه تأثر في هذه النظرية ، كما قدمنا ، بالفقهاء المدنيين الذين ظلوا أمناء للقانون الروماني ، فتقل عنهم النظرية الرومانية الصيقة^(١) . وهنا يتولانا شيء من العجب . فإن دوما ، وهو من أنصار المنطق والقانون الطبيعي ، وقد رأيناه يقول بالإرادة وحدها مصدراً للالتزام فيطاول في ذلك الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الكنسى ، يرجع التهمى عندما يتولى بسط نظرية السبب ، فلا يسير في منطقه إلى مداه ولا يقول مع هؤلاء الفقهاء المدنيين أنفسهم إن الإرادة بعد أن أطلقت من عقال الشكل وجب أن تتقيد بالعرض الذى اتجهت إلى تحقيقه فيكون الباعث هو السبب ، بأبى دوما أن يكون منطقياً في نظريته للإرادة والسبب ، ويرجع إلى الفكرة الرومانية ، فيجعل من السبب أمراً موضوعياً داخلياً لا يتغير في نوع واحد من العقود ! وقد يملل ذلك أن دوما آثر دقة الصياغة الرومانية فجرى على منوالها ، ولكنه أضاع بذلك على القانون خصوصية النظرية الكنسية في السبب وما لها من مدى بعيد وأثر بالغ .

وهذا ما يقوله دوما وهو يبسط نظرية السبب ، بعد أن يقسم العقود أقساماً أربعة ، الثلاثة الأولى هي عقود معاوضة والقسم الأخير خصص لعقود التبرع : « في الأقسام الثلاثة

(١) ويذكر كايان في كتابه في السبب (س ١٦٩ — س ١٦٣ و س ١٦٣ حاشى رقم ١) أن دوما تأثر في نظريته في السبب بفقهاء مدنيين يشتمون إلى الفقهاء الرومانيين ، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Doneau) — انظر أيضاً في هذا المعنى بلاتيرل وريير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٧ .

الأولى من العقود يحرى التعامل دون أن يكون فيه أى تبرع ، ويكون التزام أحد المتعاقدين هو الأساس لالتزام الآخر . وحتى فى العقود التى يظهر أن شخصاً واحداً فيها قد التزم ، كما فى اقتراض مبلغ من النقود ، قد سبق التزام المقرض ماوجب أن يعطيه إياه الطرف الآخر حتى يتكون العقد . وعلى ذلك فالالتزام الذى ينشأ من مثل هذه العقود لمصلحة أحد المتعاقدين يوجد سببه دائماً فى جانب الآخر . ويكون الالتزام باطلاً إذا لم يكن مبنياً فى الواقع على سبب ^(١) . ثم يتابع دوماً بسط نظريته ، وينتقل إلى عقود التبرع فيقول : « وفى الهبات ... يكون التزام الواهب أساسه غرض من الأغراض للمقولة الحقنة كخدمة أسداها للوهوب له أو أية مزية أخرى فيه أو محض الرغبة فى عمل الخير من جانب الواهب . وهذا الغرض يقوم مقام السبب بالنسبة إلى الطرف الذى أخذ ولم يمت شيئاً » ^(٢) وقد يفهم من هذه العبارات الأخيرة أن دوماً يرى أن السبب فى التبرعات قد يكون هو الباعث ، كما كان الأمر فى القانون الرومانى على ما قدمنا . ولكنه فى موضع آخر يعود إلى هذه المسألة فيقول : « يجب فى الهبات أن نميز تمييزاً واسعاً ما بين البواعث التى يملن الواهبون أنها هى أسباب تبرعهم وبين الشروط التى يفرضونها فى هباتهم . وذلك لأنه بينما أن الإخلال بالشروط فى الهبة للقترنة بشرط يبطلها ، فإن الهبة تبقى قائمة حتى لو تبين أن البواعث التى ذكرت فيها ليست صحيحة . فلو أنه ذكر فى هبة أنها تمت لخدمات أسديت أو لتمكين للوهوب له من أن يمتلك شيئاً يريد ، فإن الهبة لا تبطل حتى لو ظهر أنه لم تكن هناك خدمات أسديت أو أن الامتلاك لم يتم . وذلك لأن إرادة من وهب تبقى دائماً قائمة ، وقد تكون له بواعث أخرى غير التى أعلنها » ^(٣) . ويستخلص الأستاذ كاييتان من

(١) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول — وقرر دوماً فى موضع آخر من الكتاب أن الالتزام الذى قام على سبب انقطع بعد ذلك يصبح باطلاً (الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول فقرة ١٣) فهو يستصحب السبب من تكوين العقد إلى تنفيذه .

(٢) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول .

(٣) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب العاشر — الفرع الأول فقرة ١٣ .

هذه العبارات أن دوما يميز في عقود التبرع بين السبب والباعث ، فالسبب هو الذى يؤثر في صحة التبرع ، أما الباعث فلا أثر له ^(١) .

ويتبين مما قدمناه أن دوما يشترط قيام السبب في جميع العقود ، فالسبب في التزام المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر ، أى التزامه المقابل . والنسب في التزام المتعاقد في العقود الملزمة لجانب واحد هو ما قام به المتعاقد الآخر ، أى التسليم الذى تم من جانبه في مبدأ الأمر . والسبب في التبرعات هو إرادة المتبرع في أن يتبرع ، أى نية التبرع . ومن ذلك نرى أن نظرية دوما في السبب قامت على الفكرة الرومانية الضيقة ، وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون الرومانى .

٣٦٠ — نظرية السبب عند خلفاء دوما من الفقهاء : ولم يزد الفقهاء الذين خلفوا دوما في القانون الفرنسى القديم على أن يرددوا ما قاله دوما في نظرية السبب . وأبرز هؤلاء الفقهاء ، كما قلنا ، قيهان : بريثو دى لاجانس ، وبوتييه .

كان بريثو دى لاجانس (Prévôt de la Janès) أستاذاً للقانون في جامعة أورليان في النصف الأول من القرن الثامن عشر . وقد توفى في سنة ١٧٤٩ . ذكر في كتابه ^(٢) أن الرضاء يجب أن يكون مبنياً على سبب (fondé sur quelque cause) . وعرف السبب بأنه الغرض (motif) الذى دفع للمتعاقد إلى الالتزام . ولكنه بين ما يريد بكلمة « الغرض » عند الكلام في البيع ، فذكر أن السبب في التزام كل من المتعاقدين هو

(١) كاييتان في السبب فقرة ٧٩ . قرن بواجيزان (س ١٥٠ — س ١٥٥) وهو يستخلص من هذه العبارات أن دوما يحد الباعث في التبرعات ، ويجعل له أثرأ في صحتها — ويبدو أن دوما يميز بين الباعث الدافع للهبة ، ومظهره أن يكون شرطاً مفروضاً في القصد ، وهو يؤثر في صحة التبرع ، وبين الدوافع التى تذكر في القصد دون أن تخرس شروطاً ، وهذه لا تؤثر لاحتمال أن يكون هناك دوافع أخرى حلت على التبرع .

(٢) (Principes de la Juris. fr. suivant l'ordre des actions) القسم الثانى — الباب الثامن — الفصل الثانى .

التزام للمتعاقد الآخر المقابل له . فالسبب عنده في العقود الملزمة للجانبين هو السبب ذاته عند دوما^(١) .

أما پوتيه (Pothier) الفقيه الفرنسي المعروف — وقد خلف بريقودى لاجانس في أستاذية القانون بجامعة أورليان — فكان أوضح بياناً من سلفه في بسط نظرية السبب ، ولكنه لم يخرج كثيراً عما قاله دوما في هذه النظرية ، ذكر في كتاب « الالتزامات »^(٢) ما يأتي : « يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف (cause honnête) . ففي عقود المعاوضة يكون السبب في الالتزام اتقى بمقده أحد الطرفين هو ما أعطاه له الطرف الآخر ، أو ما يلتزم بإعطائه له ، أو التبعة التي يتحملها . وفي عقود التبرع يكون الجليل الذي يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذي يقده قبله . أما إذا لم يقم الالتزام على أى سبب ، أو ما يعادل ذلك إذا كان السبب الذي عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذي يتضمنه » . ثم ينتقل پوتيه إلى السبب غير المشروع فيقول : « إذا كان السبب الذي عقد من أجله الالتزام سبباً يجرح العدالة أو حسن النية أو الآداب (cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes mœurs) ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذي يتضمنه »^(٣) .

ونرى من ذلك أن پوتيه ردد في وضوح وإسهاب ما سبقه إليه دوما ، وإذا كان قد زاد عليه في التفصيل ، ففي المسائل الثلاث الآتية : (١) لم يكتف بأن يحدد السبب في العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، بل حدده أيضاً في العقود الاحتالية وجعله التبعة التي يتحملها المتعاقد . (٢) ذكر في وضوح أن السبب في التبرعات هو نية التبرع ،

(١) كايان في السببقرة ٨٠ — ويرى بريقودى لاجانس أن التمهيد المكتوب يكون ذا سبب صحيح إذا ذكر التمهيد أنه يقر بمديونية ويتعهد بالدفء ، فالإقرار بالمديونية سبب كاف للالتزام (بواجبان س ١٥٨ — س ١٥٩) .

(٢) ققرة ٤٢ .

(٣) « الالتزامات » ققرة ٤٣ .

وكان دوما غير واضح في ذلك وضوحاً كافياً كما رأينا . (٣) أفاض في ذكر السبب غير المشروع وقرنه بالسبب غير الموجود والسبب غير الصحيح ، فوضع الأساس لشروط السبب في النظرية التقليدية^(١) .

وقد نقل تقنين نابليون نظرية السبب عن دوما وبوتييه في المواد ١١٠٨ و ١١٣١ — ١١٣٣ . وصارت هذه النصوص هي الأساس الذي تقوم عليه النظرية التقليدية في السبب .

هذا هو تاريخ تطور نظرية السبب ، أوردناه في شيء من التفصيل حتى نتبين أن هذه النظرية قد انتقلت إلى القانون الحديث وهي تحمل أتراً واضحاً من ذكريات ماضيها ، سواء في ذلك النظرية التقليدية أو النظرية الحديثة . وننتقل الآن لبسط نظرية السبب في القانون الحديث .

المبحث الثاني

نظرية السبب في القانون الحديث

٣٦١ — ترتيب الموضوع : انتقلت نظرية السبب كما رأينا من القانون الفرنسي القديم إلى تقنين نابليون ، فبسطها الفقهاء الفرنسيون على النحو الذي رأيناه عند دوما وبوتييه . وهذه هي النظرية التقليدية في السبب . ولما كانت هذه النظرية عقيمة مجدية ، إذ هي مشبعة بالفكرة الرومانية الضيقة كما قدمنا ، فقد انتصب لها خصوم أشداء فندوها وزعزعوا الثقة بها وكادوا أن يقضوا على فكرة السبب كركن من أركان الالتزام . وأثارت هذه الخصومة لنظرية السبب التقليدية فقهاء آخرين قاموا ينتصرون لفكرة السبب في ذاتها ، سواء في صورتها التقليدية أو في صورة أخرى لها معة . ولكن القضاء في فرنسا

(١) وزاد بوتيه أيضاً في أنه ميز بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الغرض الذي يقصد إليه الالتزام ، فوضع بذرة التقسيم الثلاثي للسبب الذي سنراه في النظرية التقليدية .

كان بمنزل عن هذه الخصومات الفقهية ، وأخذ من جانبه يعود إلى النظرية الكنسية المخصصة وهي النظرية التي تفسر السبب بالباث فتجعل للسبب معنى متبجاً فعلاً . ومن ثم قامت النظرية الحديثة في السبب على أفاض النظرية التقليدية ، قامت في أول أمرها على أكتاف القضاء وهو الذي عبد لها الطريق كما رأينا ، ثم تبع الفقه القضاء في ذلك . وقد تلقى التقنين اللدني الجديد النظرية وهي في مرحلة متقدمة من مراحل تطورها ، فاستكمل حلقات التطور بفصل نظرية السبب عن نظرية الناطق فصلاً تاماً وكانا من قبل يتلاقيان في منطقة مشتركة .

فنحن نتكلم : (أولاً) في النظرية التقليدية . (ثانياً) في النظرية الحديثة . (ثالثاً) في نظرية السبب بعد انتقالها إلى التقنين اللدني الجديد .

المطلب الأول

النظرية التقليدية في السبب

٢٦٢ — النصوص في القانون المدنى الفرنسى وفي القانون المدنى المصرى القديم : تلقى تقنين نابليون نظرية السبب كما بسطها دوما ، وانتقلت منه إلى الفقه الفرنسى ، وبقى الفقهاء الفرنسيون يقررون هذه النظرية التقليدية طوال القرن التاسع عشر^(١) . وسرى ونحن نبسط ما قرروه أنهم لم يبتعدوا عما قرره دوما وبوتييه مما سبق بيانه .

وقد دخلت النظرية التقليدية في نصوص تقنين نابليون على النحو الآتى :

نصت المادة ١١٣١ من هذا التقنين على أن الالتزام لا ينتج أى أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب (sans cause) ، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح (fausse cause) ، أو على سبب غير مشروع (cause illicite) .

ونصت المادة ١١٣٢ على أن الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه .

(١) انظر بسطاً وافيّاً للنظرية التقليدية للسبب في ديغولمب ٢٤ ص ٣٢٩ وما بعدها .

ونصت المادة ١١٣٣ على أن السبب يكون غير مشروع إذا حرمة القانون ، أو إذا كان مخالفاً للآداب أو للنظام العام .

وقد قل التقنين المدني المصري القديم عن تقنين نابليون هذه النصوص بمد أن وجزها في نص واحد على الوجه الآتي :

نصت المادتان ١٤٨/٩٤ من التقنين المدني المصري القديم على أنه « يشترط لصحة التمهيدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » . والأصل الفرنسي لهذا النص العربي أدق ، فهو يقضى بأن « الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب محقق مشروع »^(١) ، فجعل السبب شرطاً في وجود الالتزام لا في صحته فحسب .

ونحاول الآن النظرية التقليدية . فتكلم أولاً في معنى السبب في هذه النظرية وفي الشروط الواجب توافرها فيه . ثم نعرض بعد ذلك الحجج التي تقدم بها خصوم السبب في تفنيده ، والحجج التي تقدم بها أنصاره في تأييده .

§ ١ — معنى السبب في النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه

(١) تحديد معنى السبب في النظرية التقليدية

٢٦٣ — السبب الإرشائي والسبب الدافع والسبب الفعوى : تميز النظرية التقليدية

يبين السبب الإنشائي : (cause efficiente) والسبب الدافع (cause impulsiv) والسبب الفعوى (cause finale)^(٢) .

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي : "l'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite".

(٢) وقد رأينا أصل هذا التمييز فيما قلّه المحشون والبارتوليون عن الفللفة اليونانية من التمييز بين السبب (causa proxima, finalis) والدافع (causa remota, impulsiva) (أنظر آخاً فقرة ٢٥٦) ، وفي التمييز الذي قال به بوتييه بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الغرض الذي يقصد إليه للمتعهد (أنظر آخاً فقرة ٢٦٠ في المادتين) .

فالسبب الإنشائي هو مصدر الالتزام . وقد عرفنا أن مصادر الالتزام هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . والسبب بهذا المعنى لا يعنينا هنا ، ويجب أن نستبعده .

والسبب الدافع هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام . فمن يشتري منزلاً قد يكون الدافع له على الشراء والالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل ، أو أن يخصصه لسكنائه ، أو أن يحمل منه محلاً لعمله ، أو أن يديره للمهارة ؛ أو أن يحمل منه نادياً للمقامرة الخ . ونرى من ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الثلاث الآتية : (١) هو شيء خارجي عن العقد (extrinsèque) ، فلا يذكر في الاتفاق ضرورة ، ولا يستخلص حتماً من الالتزام . (٢) هو شيء ذاتي للملتزم (subjectif) ، إذ يرجع إلى نواياه وما يتأثر به من دوافع . (٣) هو شيء متغير (variable) ، لا في كل نوع من العقود فحسب ، بل في كل عقد على حدة ، فالباعث للمشتري في عقد غير الباعث للمشتري في عقد آخر . ولما كان الباعث لا يمكن ضبطه على وجه التحديد ، فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام . فهما كان هذا الباعث شريفاً أو غير شريف ، متفقاً مع النظام العام أو مخالفاً له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم .

والسبب القصدى — وهو السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية وإذا أطلقت كلمة السبب عنته بهذه الكلمة — يعرف عادة بأنه هو الغاية المباشرة (fin directe) أو الغرض المباشر (but immédiat) الذي يقصد للملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فيختلف السبب عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم (causa proxima) ، أما الباعث فغاية غير مباشرة (causa remota) تتحقق بعد أن يتحقق السبب ، ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام .

٣٦٤ — السبب في الطوائف المختلفة للعقود : وتستعرض النظرية التقليدية الطوائف المختلفة للعقود لتحديد السبب — وفهم دائماً بمعنى السبب القصدى — في كل طائفة منها ، على النحو الذي جرى عليه دوماً وپوتيه .

ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الآخر . مثل ذلك عقد البيع ، يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع ، وسبب هذا الالتزام — أى الفرض المباشر الذى قصد البائع أن يحققه من وراء التزامه بنقل ملكية المبيع — هو التزام المشتري بدفع الثمن . ويلتزم المشتري بدفع الثمن ، وسبب هذا الالتزام — أى الفرض المباشر الذى قصد المشتري أن يحققه من وراء التزامه بدفع الثمن — هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع . وقل مثل ذلك في العقود الأخرى الملزمة للجانبين ، كالمقايضة والإيجار وعقد المعاولة وعقد العمل .

وفي العقود الملزمة لجانب واحد ، إذا كان العقد عينياً ، قرضاً كان أو عارية أو وديعة أو رهن حيازة^(١) ، يكون سبب التزام المتعاقد الملتزم هو تسلمه الشيء محل التعاقد . فالمقتضى يلتزم برد القرض لأنه تسلمه ، وهذا هو الفرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه .

وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائياً ، كالوعد بالبيع ، فالظاهر أن سبب الالتزام هو إتمام العقد النهائى ، وهو الفرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه ، وهو بعد سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق^(٢) .

وفي عقود التبرع السبب في التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها . فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً هو إسداء يد للموهوب له ، وهذا هو السبب في تبرعه .

٣٦٥ — خصائص السبب : ويتبين مما تقدم أن خصائص السبب في النظرية التقليدية هى عكس خصائص الباعث . فالسبب شيء داخلى في العقد (intrinsèque) يستخلص حتماً من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته . وهو شيء موضوعى (objectif) لا تؤثر

(١) وهنا في غير التقنين المصرى الجديد الذى ألقى العقود العينية كما رأينا ، ولم يبق منها إلا هبة المنقول . ثم هنا يفرض أن العقود العينية ملزمة لجانب واحد كما يذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء .

(٢) كاييتان في السبب فقرة ٢٤ .

فيه نوايا الملزم . وهو غير متغير (invariable) ، فيبقى واحداً في نوع واحد من العقود ولا يتغير بتغير البواعث والموافق .

وهذه الخصائص الثلاث هي عين الخصائص التي رأيناها لصيقة بالسبب في الفكرة الرومانية القديمة .

٢٦٦ — قيام السبب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه : وتحرص النظرية التقليدية على أن تقرر أن قيام السبب واجب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه . فإذا قام السبب عند تكوين العقد ، ثم انقطع قبل التنفيذ ، سقط الالتزام . وتظهر أهمية هذا الحكم في العقود الملزمة للجانبين . فإن هذه العقود تتميز بأمور ثلاثة : (١) إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . (٢) إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهذه هي نظرية الفسخ . (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة تحمل هو تبعه هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر ؛ وهذه هي نظرية تحمل التبعة . وسنعرض لهذه النظريات بالتفصيل في مواضعها . ويكفي أن نشير هنا إلى أن أصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه النظريات الثلاث على فكرة السبب ووجوب بقائه قائماً إلى أن يتم تنفيذ العقد . فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة ؛ فإن التزام المتعاقد الآخر ينقطع سببه . ومن ثم يستطيع هذا المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه . أو أن يطلب فسخ العقد أو أن يحمل المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه يحمل تبعه هذه الاستحالة بعد سقوط الالتزام الذي انقطع سببه^(١) .

(١) ويلاحظ أن القانون الروماني كان يأبى أن يدفع فكرة السبب في عقد البيع إلى حد أن يتطلب بقائه السبب بعد تكوين العقد ، بل كان يقتضيه فكرة السبب عند تكوين العقد ، دون أن يمازج مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ . فلم يكن يسلم بأية نظرية من هذه النظريات الثلاث : الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعه استحالة التزامه (انظر آخفاًقرة ٢٥٢) . فالنظرية التقليدية في السبب متقدمة في هذه الناحية على القانون الروماني .

ب — الشروط الواجب توافرها في السبب

٢٦٧ — شروط ثلاثة : يخلص من النصوص التي أوردناها في التقنين المدني الفرنسي وفي التقنين المدني المصري القديم أن السبب يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة : (١) أن يكون موجوداً . (٢) وأن يكون صحيحاً . (٣) وأن يكون مشروعاً .

٢٦٨ — وجود السبب : تقول النظرية التقليدية إن كل التزام يجب أن يكون له سبب . ووجود السبب ليس في الواقع شرطاً يجب توافره في شيء ، بل هو الشيء ذاته . وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم .

ويغلب في السبب غير الموجود أن يكون سبباً موهوماً وقع غلط في وجوده ، فظن المتعاقدان أنه موجود وهو غير موجود . ولكن السبب للوهوم لا يدخل في دائرة هذا الشرط الأول ، بل يدخل في دائرة الشرط الثاني كما سنرى . أما هنا فالمراد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود ، أي غير واهمين في وجوده . ويصح التساؤل إذن كيف يقدم المتعاقدان على التعاقد لسبب غير موجود وما علان بذلك ؟ تجيب النظرية التقليدية أن هذا يمكن أن يتحقق عند التعاقد وبعد التعاقد .

فهو يتحقق عند التعاقد في فروض مختلفة نذكر منها فرضين : (١) قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمدى نيته وهو غير مدبر ، أي لسبب لا وجود له . كقرض لم يتم ، فيكون كل من المتعاقدين على بينة من أن سبب المدىونية غير موجود . وفي هذه الحالة يكون المقدم الذي يقر فيه التعاقد للكره بمدى نيته باطلاً لانعدام السبب ، ولا يكفي أن يقال إنه قابل للإبطال لما وقع فيه من إكراه . بل قد لا يكون هناك إكراه ويصدر الإقرار بالمدىونية قبل تسلم القرض ، ثم يثبت المقر أنه لم يتسلم القرض أصلاً ، فيكون الإقرار في هذه الحالة باطلاً لانعدام السبب . ويستقيم القرض حتى لو اعتبر الإقرار إرادة منفردة

لا عقداً ، فإن السبب ركن في كل التزام إرادى ولو لم يكن التزاماً عقدياً . (٢) يكون السبب غير موجود ، دون أن يكون هناك وهم أو إكراه ، فيما يسمى بسند المجاملة (effet de complaisance) . وصورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاماً صورياً ، فيمضى سنداً لمصلحته ، ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن الصورى سنداً يحصل على قيمته من طريق تحويله ، حتى إذ حل ميماد دفع السند قام الدائن الصورى بتوريد قيمته إلى المدين ، فيدفعها هذا لحامل السند . وبذلك يستطيع الدائن الصورى أن يحصل على ما هو في حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم ، لا من مدينه بالذات ، بل بفضل إمضاء هذا المدين على سند المجاملة ^(١) . ولا يحتاج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية ، ولكن في العلاقة ما بين المدين ودائنه الصورى يستطيع الأول أن يتمسك ببطلاق السند لانعدام السبب ^(٢) .

ويتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد التعاقد . ويقع ذلك في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحالة عليه هذا التنفيذ لقوة القاهرة ، فإن سبب التزام المتعاقدين الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد ، وانعدام السبب بعد وجوده في هذه الأحوال هو الذى يبرر نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على ما بينا .

٢٦٩ — صمم السبب : ويجب أيضاً أن يكون السبب صحيحاً فالسبب غير الصحيح

(١) [انظر تفتى مدنى ٧ يناير ١٩٦٠ بمجموعة أحكام القضا ١١ رقم ٣ س ٣٤ — حيث قضى بأنه لا عمل لتبنى على محكمة الموضوع إذا قضت برفض دعوى المطالبة المؤسسة على سند إذنى لما تبينه من أنه محرر للمجاملة ولم يكن له سبب سوى مجرد الحصول على ائتمان الطاعن لدى الغير ولم يقصد بتعريض إنشاء علاقة مديونية حقيقية بن طرفيه] .

(٢) ويتحقق انعدام السبب ، دون وهم أو إكراه ، في عقد احتمالي يسمى « كرة الثلج » boule de neige (انظر في ذلك نظرية القصد للمؤلف س ٥٥١ هامش رقم ٣) كما قد يتحقق في سائر العقود الاحتمالية — وهي عقود يكون السبب فيها هو احتمال المكسب والخسارة في كل من الجانبين — فإذا انعدم هذا الاحتمال في جانب انعدم سبب الالتزام ، وقد يكون ذلك عن بينة وبغير إكراه .

(fausse cause) لا يصلح أن يقوم عليه الالتزام . ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين (١) إما لأن السبب الظاهر — وهو السبب غير الصحيح — هو سبب موهوم أو منفلوط (cause erronée) (٢) وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صوري (cause simulée) . والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة : وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث ، فيعطيه مبلغاً من النقود حتى يتخلى عن نصيبه في الميراث ، فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم . وارث يمضى إقراراً بدين على التركة ويقتين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث فهذا الإقرار باطل لأن سببه موهوم . وارث يتعهد لموصى له بعين في التركة أن يعطيه مبلغاً من المال في نظير نزوله عن الوصية ، ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصى قد عدل عنها ، فتعهد الوارث باطل لأن سببه موهوم . مدين يتفق مع دائئه على تجديد الدين ، فيقتين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه ، فالتجديد باطل لأن سببه موهوم .

بقي السبب الصوري . والعقد الذي يقوم على سبب صوري لا يكون باطلاً لصورية السبب ، فإن الصورية في ذاتها ليست سبباً في البطلان . ولكن إذا أثبت للدين صورية السبب ، فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقي . ويكون الالتزام قائماً أو غير قائم تبعاً لهذا السبب الحقيقي . فإن كان هذا السبب موهوماً سقط الالتزام لأن السبب الحقيقي موهوم لا لأن السبب الظاهر صوري . وإن كان السبب الحقيقي غير مشروع ، وقد أخفى تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب ، سقط الالتزام أيضاً ، لا لصورية السبب الظاهر ، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقي . أما إذا كان السبب الحقيقي مشروعاً غير موهوم ، فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر ^(١) .

(١) انظر في هذا المعنى للذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٢٧) . [وانظر قس مدني ١٩٥٦/١/٥ مجموعة أحكام القس ٧ رقم ٢ ص ٤٣ وقد ورد به إن قضاء محكمة النقض قد استقر في ظل القانون المدني القديم على أنه إذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع إلا بصفة صورية فإن العقد يصح بوصفه هبة مستترة في صورة عقد بيع ، متى ثبت لها من ملبساته أنه عقد عليك قطعي منجز] .

٢٧٠ — **مُشْرُوعِيَّةُ السَّبَبِ** : ويجب أخيراً أن يكون السبب مشروعاً . والسبب المشروع هو الذى لا يجرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للآداب^(١) . وقد ينما معنى المخالفة للقانون أو للنظام العام أو للآداب عند الكلام فى المحل غير المشروع . ونبين هنا أن مشروعية السبب ، عند أصحاب النظرية التقليدية ، شرط متميز عن مشروعية المحل . فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع . ويتحقق ذلك فى فروض مختلفة ، نذكر منها الفروض الثلاثة الآتية :

(أولاً) إذا تهدد شخص لآخر بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود يأخذه منه فإن التزام الشخص الآخر بدفع النقود محله مشروع ، ولكن سببه — وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة — غير مشروع . فلا يقوم هذا الالتزام ، لعدم مشروعية المحل بل لعدم مشروعية السبب .

(ثانياً) كذلك إذا تهدد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود ، فإن التزام كل من المتعاقدين محله مشروع . فقد تعهد الأول بعدم ارتكاب الجريمة وتعهد الثانى بدفع مبلغ من النقود ، وكلا المحلين مشروع . ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الثانى بدفع النقود وهذا سبب غير مشروع . وسبب التزام الثانى بدفع النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة ، وهذا أيضاً سبب غير مشروع . ومن ذلك نرى أن كلا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب ، وهذا بالرغم من أن محل كل منهما مشروع . وكذلك الأمر فى كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة آخر ليعمله على الالتزام بما يجب عليه دون إجازة ، كالمودع يحجز المودع عنده حتى يرد الوديعة . وكالمسروق منه يحجز السارق حتى يرد للمسروق ، وكالخطوف ولله يحجز الخاطف حتى يرد الولد ، وكمن يخشى أذى دون حق من شخص ، يحجز هذا الشخص حتى يكف عنه أذاه .

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٥ يوفية سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١٧٩ . محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٩ — وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ — وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١١٩ .

(ثالثاً) عقد الوساطة في الزواج هو (courtage matrimonial) أيضاً عقد سببه غير مشروع، على رأى، وإن كان المحل مشروعاً. فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه، فإن كثيراً من الفقهاء^(١) يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة. إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين. فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح فيكون العقد مشروعاً. أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج، فهذا هو الاتفاق الباطل، لأن الوسيط في هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الفسح والخذلية حتى يتم زواجاً قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود^(٢). والقضاء في مصر غير مستقر، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية^(٣) ببطالان العقد، لاسيما في بلد كمصر حيث يسهل على «الخاطبة» أن تخدع الزوج، في أمر زوجته، بسبب انزوال المرأة عن الرجل^(٤). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة^(٥) بصحة العقد إذ أن الفرض الذي يرمى إليه مشروع، فهو ييسر أمر الزواج، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية. ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عمله تم الزواج أو لم

(١) أوبري ورو ٤ ص ٥٥٣ — لارومبيير م ١١٣٢ فقرة ١١ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ — لوران ١٦ فقرة ١٥٠ — بنوار ص ٥٤١ .

(٢) قس فرنسي في أول مايو سنة ١٨٥٥ دالوز ١٨٥٥ — ١ — ١٤٧ . [انظر أيضاً دي باج ج ١ ص ١١٣ (بند ٩٣) وهو أيضاً يميز بين هذين الفرضين ويشير إلى تردد القضاء البلجيكي في هذا الشأن] .

(٣) محكمة عابدين الجزئية في ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ — وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩ .

(٤) ويؤيد هذا الرأي والتون (جزء أول ص ٢٨٥ — ص ٢٨٨) والدكتور محمد صالح بك (الالتزامات ص ٢٥٤) .

(٥) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ — وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ ص ٩٠ .

يتم ، ويكون باطلا إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج . فإذا أخذ بهذا الرأي كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجرأ إذا نجحت وساطته اتفاقاً غير مشروع . وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل ، فإن الالتزام كل من الفريقين محله مشروع ، أحدهما يلتزم بإعطاء الأجر والثاني يلتزم بالثبوت على زوج صالح ، ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع ، لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر في مقابل أجر ، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجرأ في مقابل هذا الزواج .

§ ٢ — خصوم السبب وأنصاره

١ — خصوم السبب

٢٧١ — الهجوم على النظرية التقليدية : منذ أن استقرت النظرية التقليدية ، متقولة عن دومو وبوتييه عن النحو الذي بسطناه ، بقيت مبعثاً لقلق الفقهاء ، يرون فيها ضيق الأفق وقصور المدى وعمق الإنتاج . وأول من جاهر من الفقهاء بذلك كان الفقيه البلجيكي ارنست (Ernst) وكان أستاذاً في جامعة لياج ، كتب مقالا في سنة ١٨٢٦ في مجلة (Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste) ^(١) يبين فيه أن السبب في النظرية التقليدية ليس ركناً متميزاً ، فهو يختلط إما بالمحل في العقود الملزمة للجانبين ، وإما بالرضا في عقود التبرع ، ويستخلص من ذلك أن السبب لا ضرورة له ، وتغنى عنه أركان الالتزام الأخرى . ثم هاجم النظرية بعد ذلك لوران (Laurent) ^(٢) وكورنيل (Cornil) ^(٣) ، وهما أيضاً قسيمان بلجيكيان ^(٤) ، وتابعهما عدد من الفقهاء الفرنسيين ،

(١) سنة ١٨٢٦ م ٢٥٠ — ص ٢٦٤ .

(٢) جز ١٦٠قرة ١١١ .

(٣) في رسالة عنوانها : « بمناسبة تنقيح القانون المدني ، السبب في العقود » بروكسل سنة ١٨٩٠ : (A propos de la révision du Code Civil — De la cause dans les conventions, Bruxelles 1890).

(٤) [ومن فقهاء البلاغة الذين يهاجمون السبب : دي باج ج ٢ بند ٤٧٠ وما بعده وج (١) بند ٨٣ وما بعده — وهو يرى في المحل ما ينفي عن السبب على أن يفهم عمل الالتزام بمعنى مزدوج يشمل =

هاجموا النظرية مهاجمة عنيفة في رسائلهم^(١).

ولكن الحملة على نظرية السبب لفتت النظر بنوع خاص عندما انحاز بلانيول إلى خصوم السبب^(٢). وردد الأستاذان بودرى وبارد صدق هذه الحملة^(٣). وكذلك فعل دابان (Dabin)^(٤) ووالتون^(٥).

وقف عند قد بلانيول لنظرية السبب التقليدية ، ففيه خلاصة واضحة للحالات التي قام بها خصوم السبب ، وكان هو الممول الفعال في هدمها .

٢٧٢ — نقر بلانيول لنظرية السبب التقليدية : يقول بلانيول إن نظرية السبب التقليدية نظرية غير صحيحة ، ثم هي غير ذات فائدة .

أما أنها غير صحيحة ، فذلك يظهر إذا استعرضنا السبب في فروضه الثلاثة : العقد الملزم للجانبين والعقد السيني وعقد التبرع . ففي العقد الملزم للجانبين لا يجوز القول ، كما تزعم النظرية التقليدية ، إن سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الآخر ، فإن في هذا استحالة منطقية ، ذلك أن الالتزامين يولدان في وقت واحد من مصدر واحد هو

= القائمة الشخصية من جهة والنفع الاجتماعي من جهة أخرى وبهذه الثابة لا يكون هناك ما يستدعي اشتراط السبب كركن تميز عن المحل [] .

(١) نذكر منهم أرتير (Artur) في السبب في القانون الروماني والقانون الفرنسي باريس سنة ١٨٧٨ — تامبال (Timbal) في السبب في العقود والالتزامات تولوز سنة ١٨٨٢ — سيفريادس (Séfériades) بحث انتقادي في نظرية السبب باريس سنة ١٨٩٧ — انظر أيضاً هيك الجزآن السادس والسابع .

(٢) الجزء الثاني بقرة ١٠٣٧ — بقرة ١٠٣٩ .

(٣) الجزء الأول بقرة ٣٢١ — بقرة ٣٢٧ .

(٤) « نظرية السبب » بروكل سنة ١٩١٩ .

(٥) ويقول الأستاذ والتون إن نظرية السبب التقليدية مثار للتدديد الشديد ، ويوقع أن التفتين المدعى عند تنقيحه يستبعد فكرة السبب كركن في الالتزام ، ويسير في ذلك على نهج التفتين الألماني والسويسري (والتون ١ ص ٥٩ — ٦٠) .

العقد، فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر، لأن السبب يتقدم السبب، وما قد نشأ مما
كما رأينا . وفي العقد العيني يقولون إن سبب الالتزام هو تسليم العين ، ولكن التسليم
ليس إلا المصدر الذي كون العقد فأنشأ الالتزام ، فيختلط هنا السبب بالمصدر ويصبحان
شيئاً واحداً . وفي عقد التبرع يقولون إن سبب الالتزام هو نية التبرع ، وهذا قول خال من
المعنى ، وإلا فأية قيمة لنية التبرع في ذاتها إذا لم تترن بالعوامل التي دفعت إليها ! .

وأما أن النظرية غير ذات فائدة ، فلأننا نستطيع الاستغناء عنها بشيء آخر . ففي
العقود الملزمة للجانبين يكفي أن نقول إن الالتزامين المتقابلين مرتبطان أحدهما بالآخر بحيث
يتوقف مصير كل منهما على مصير الثاني ، وتتفي فكرة الارتباط في هذه العقود عن
فكرة السبب . وفي العقود العينية وعقود التبرع انعدام السبب بالمعنى المفهوم من النظرية
التقليدية هو انعدام التسليم في العقد العيني وانعدام نية التبرع في الهبة ، وهذا معناه انعدام
العقد ذاته ، فلستنا إذن في حاجة إلى تعليل عدم قيام الالتزام بانعدام السبب ما دام العقد
ذاته غير موجود .

ب — أنصار السبب

٢٧٣ — الدفاع عن فكرة السبب: أما أنصار السبب فكثيرون منهم من يدافع
عن النظرية التقليدية بعد تحويرها ، وعلى رأس هؤلاء كاييتان في كتابه المعروف «السبب
في الالتزامات»^(١) . ومنهم من يدافع عن فكرة السبب في ذاتها ، ولكنه يهجر في الدفاع
عنها النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة التي وضع القضاء أسسها على ما سنرى .

ونبسط هنا دفاع كاييتان عن النظرية التقليدية ، ثم نشير في إيجاز إلى بعض الفقهاء
الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة .

(١) انظر أيضاً علماء الفقه التقليدي كأوبري ورو ودومولوم وبيدان وبنوار . وانظر ريسو
في رسالة من بوردو سنة ١٨٧٩ ، وكولان في رسالة من باريس سنة ١٨٩٥ وبنواسكو في السبب
سنة ١٩٢٣ .

٢٧٤ - دفاع كاييتان عن نظرية السبب التقليدية : يمكن القول إن كاييتان هو عميد أنصار النظرية التقليدية للسبب . ولكنه وهو في صدد الدفاع عنها قد حورها تحويراً جوهرياً في بعض نواحيها .

فمعد كاييتان أن السبب في العقد الملزم للجانبين ليس هو الالتزام المقابل ذاته ، بل هو تنفيذ هذا الالتزام^(١) . ويقول ، رداً على ما أخذه بلانيول على النظرية التقليدية من أن الالتزام الواحد لا يمكن أن يكون سبباً ومسبباً ، إن تنفيذ الالتزام هو السبب فلا يجوز الاعتراض بمعد ذلك بأن الالتزام هو السبب والمسبب . ثم يضيف إلى ذلك أنه حتى لو فرض طبقاً للنظرية التقليدية أن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل ذاته فلا يصح أن يقال مع ذلك إن الشيء الواحد يعتبر سبباً ومسبباً ، إلا إذا فهم السبب بمعنى «السبب الإنشائي» ، فمعد ذلك يستحيل أن يكون الشيء منشئاً لشيء آخر ونشئاً عنه في آن واحد . ولكن السبب هنا معناه «السبب القصدى» أى الفرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه ، وبسهل مع هذا المعنى أن نفهم أن الفرض الذى قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه هو التزام المتعاقد الآخر بالذات ، فكل من المتعاقدين قد التزم حتى يلتزم الآخر ، ولا يكون في هذا خروج على المنطق .

أما الالتزام الذى ينشأ عن عقد عينى فسببه هو تسليم الشيء كما تقرر النظرية التقليدية وهذا صحيح في نظر كاييتان في عقود عينية ثلاثة هى القرض والمارية ورهن الحيازة ، فإن هذه العقود إذا كانت عينية من حيث الصياغة ، فهى من حيث طبيعتها عقود رضائية ملزمة للجانبين . فالقرض والمقرض مثلاً يتفقان على القرض . ويتم العقد بالاتفاق . فيلتزم المقرض بتسليم القرض كما يلتزم المقرض برد مثله . ومن هنا نرى أن التسليم ، إذا رجعنا إلى

(١) ويبنى كاييتان على أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ارتباط مصر كل من الالتزامين المتقابلين بمصير الالتزام الآخر . ويرتب على هذا الارتباط نظريات الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة ، فهذه النظريات جيداً لا يمكن أن تقوم إلا على أساس أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده .

ومعد كاييتان السبب في العقد الملزم للجانبين إذا كان احتياطياً بوجود الاحتمال ذاته في العقد (السبب فقرة ١٨ من ٤٠) ، و في العقد الملزم للجانبين الذى يتوخى فيه جميع المتعاقدين غرضاً مشتركاً ، كالجليات والشركات ، بالفرض المشترك الذى قصد المتعاقدون تحقيقه (السبب فقرة ١٩) .

طبيعة العقد ، ليس هو حتماً السبب المنشئ للالتزام . بل هو الفرض الذى يسعى إليه المقترض من وراء التزامه برد الشيء . فلا يختلط في هذه العقود الثلاثة « السبب الإنشائي » و « السبب القصدى » كما يزعم خصوم نظرية السبب . ولا يبقى من العقود العينية إلا الوديعة وهنا يسلم كايتمان أن الوديعة بطبيعتها عقد عيني ملازم لجانب واحد إذا كانت بنير أجر ، ويرى أن سبب التزام المودع عنده ليس هو تسليم الشيء . إذ يختلط بذلك السبب الإنشائي بالسبب القصدى ، بل هو رغبة المودع عنده ، وقد قبل أن يحفظ الشيء دون مقابل ، في أن يسدى جيلاً للمودع . أما إذا كانت الوديعة بأجر فقد أصبحت عقداً ملازماً للجانبين وصار سبب كل التزام هو تنفيذ الالتزام الآخر^(١) .

أما في عقود التبرع ، فسبب الالتزام هو نية التبرع ذاتها (animus donandi) كما تقرر النظرية التقليدية . ولا تختلط هذه النية بالرضا كما يقول خصوم السبب . فإن إرادة الواهب يمكن تحليلها إلى عنصرين : المنصر الأول هو إرادته أن يلتزم . وهذا هو الرضا . والمنصر الثانى هو إرادته أن يكون الالتزام دون مقابل على سبيل التبرع ، وهذا هو السبب يتميز عن الرضا كما نرى . والدليل على ذلك أن المنصر الأول ، وهو الرضا بالالتزام ، قد ثبت وجوده دون أن يثبت وجود السبب وهو نية التبرع ، كما إذا كتب شخص سنداً بدين في ذمته لآخر . ثم استطاع أن يثبت أن هذا الدين لا وجود له ، فإنه يبقى بعد ذلك أن يثبت الدائن نية التبرع في جانب المدين حتى يستوفى منه قيمة السند . فهذا مثل نرى فيه رضا المدين بالالتزام ثابتاً دون أن تكون نية التبرع عنده ثابتة . على

(١) كايتمان في السبب فقرة ٢٥ — ويستعرض كايتمان العقود الأخرى اللازمة لجانب واحد : فالوكالة بنير أجر سبب الالتزام فيها هو إساءة جيل للموكل كما في الوديعة بنير أجر — والوعد بالتعاقد سبب الالتزام فيه هو إتمام التعاقد النهائي — والالتزام بوفاء دين يختلف السبب فيه ، فهو تارة يكون فكرة التبرع ، وطوراً يكون فكرة التجديد ، وتارة يكون تحويل التزام طبيعي إلى التزام مدنى (ويرى كايتمان أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي ليس تعديداً له بل هو إنشاء لالتزام مدنى السبب فيه هو الالتزام الطبيعي) — والمقالة سبب التزام الكفيل فيها العلاقة بينه وبين المدين ، وكذلك الإنابة في الوفاء ، وقد يكون هنا السبب تبرعاً ، وقد يكون وفاء لدين في ذمة الكفيل للمدين أو في ذمة النائب للدين ، أو قرضاً يحلله الأول للثاني (كايتمان في السبب فقرة ٢٦ — فقرة ٣٢) .

أن كاييتان لا يقف عند نية التبرع بل يجاوزها إلى الباعث الدافع فيجعله هو السبب في حالتين : (١) التبرع إذا اقترن بشرط يقين أنه هو الذى دفع المتبرع إلى تبرعه ، كما إذا وهب شخص مالا لجمعية خيرية واشترط على الجمعية أن تنشى بهذا المال مستشفى أو ملجأ ، فإن سبب الهبة في هذه الحالة لا يكون نية التبرع بل هو القيام بالشروط الذى اقترن به التبرع . (٢) الوصية حيث لا توجد إلا إرادة واحدة هي إرادة الموصى ، فلا يجوز الوقوف فيها عند نية التبرع . بل إن الباعث الذى دفع للموصى إلى تبرعه هو الذى يجب اعتباره سبباً للوصية . وفي هاتين الحالتين يسلم كاييتان باختلاط الباعث بالسبب .

ومن ذلك نرى أن كاييتان أدخل تحويراً في النظرية التقليدية . حيث يحمل الباعث يختلط بالسبب في الحالتين المتقدمتين ، وحيث يحدد السبب في العقد للزمن للجانبين بأنه هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ، وحيث يحدد السبب في عقد الوديعة غير المأجورة بأنه نية التبرع عند حافظ الوديعة . ولكنه مع ذلك يحتفظ بجوهر النظرية التقليدية ، فيستبقى التمييز بين السبب والباعث ولا يخلط بينهما إلا في فروض نادرة^(١) ، ويحمل المعيار في تحديد السبب موضوعياً لا ذاتياً ، فيكون السبب عنده شيئاً داخلاً في العقد لا منفصلاً عنه ، وهو واحد لا يتغير في أى نوع من العقود .

٢٧٥ - أنصار السبب الذين همجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة : وإلى جانب

كاييتان قام فقهاء يداقون عن فكرة السبب ، وينادون بوجود الاحتفاظ بها وبالقانون بذلك بلانيول وغيره من خصوم السبب الذين يقولون بوجود حذف هذه الفكرة من القانون .

(١) إلى جانب الحالتين اللتين رأينا كاييتان يخلط فيهما الباعث بالسبب توجد حالة ثالثة يعتد فيها كاييتان بالباعث أيضاً ، وذلك إذا أدخل المتعاقدان الباعث في دائرة التعاقد (champ contractuel) ، وأصبح جزءاً من العقد متفقاً عليه . ويختلف كاييتان في هذا عن النظرية الحديثة . فنه لا يكتفى للاعتداد بالباعث أن يكون معروفاً من المتعاقدين كما تقول النظرية الحديثة ، بل يجب أن يكون متفقاً عليه بينهما (كاييتان في السبب ص ٢٤٤) .

ولكن هؤلاء الفقهاء الذين ينتصرون للسبب ، ومن أبرزهم جوسران وريبيرو ديموج وبنكاز ، لا يدافعون عن السبب كما هو مبسوط في النظرية التقليدية ، بل يتوسعون فيه ويخطونه بالباعث ، ويهجرون النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة التي وضع أساسها القضاء الفرنسي ، والتي تتولى الآن بسطها .

المطلب الثاني

النظرية الحديثة في السبب

٢٧٦ — وجوب التوسع في تحرير السبب : لم يرض القضاء ، وهو الذي يواجه الحياة العملية ، عن النظرية التقليدية في السبب . فهي نظرية ضيقة عقيمة لا غناء فيها . وسار في طريق غير طريق الفقه التقليدي ، وتوسع في تحديد السبب ، فجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وقد عاد القضاء بذلك عن غير قصد إلى نظرية السبب عند الكنسيين ، لأنها هي النظرية التي تنتج في العمل . وما لبث الفقه الحديث أن انضم إلى القضاء في نظريته الجديدة ، إذ أدرك مدى ما فيها من خصوصية ومرونة . ولم يكن بد من أن تقتزن الإرادة بالباعث الذي يحركها — وهذا هو التصرف المسبب وهو الأصل والقاعدة — أو أن تتجرد عن هذا الباعث ، وهذا هو التصرف المجرد ولا يرد إلا على سبيل الاستثناء .

فنحن نتكلم إذن في مسائل ثلاث : (١) استبعاد النظرية التقليدية . (٢) الأخذ بالنظرية الحديثة وهي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد . (٣) التصرف المجرد (acte abstrait)

§ ١ — استبعاد النظرية التقليدية

٢٧٧ — العيب الجوهرى في النظرية التقليدية : رأينا أن الصياغة الرومانية الشكلية هي التي ساهمت كثيراً في تكييف نظرية السبب التي قلها دوماً عن الفقهاء المدنيين فأصبحت هي النظرية التقليدية . والعيب الجوهرى في هذه النظرية ليس في أنها غير صحيحة ،

فضى ، حتى لو كانت صحيحة ، عقيمة على كل حال . وهى لا تضيف شيئاً إلى الثروة القانونية ، إذ هى تحدد السبب فى أنواع العقود المختلفة تحديداً آلياً ، وتتطلب فيه شروطاً ثلاثة . ونستعرض هذه الشروط مطبقة على السبب فى صورته المختلفة ، لنثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدى الضيق يمكن الاستغناء عنه دون عناء .

٢٧٨ — كيف نستغنى عن السبب الموجود : تتركز النظرية التقليدية على أن تشترط وجود السبب ، وتستخلص من ذلك أن السبب إذا لم يكن موجوداً فإن الالتزام لا يقوم . وتأتى لذلك بمثلين : مثل من أكره على إمضاء التزام ليس له سبب ، ومثل من أمضى سند مجاملة عن يئنه واختيار .

فإذا أكره شخص على إمضاء سند لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم ، فإن العقد يكون باطلاً . ولا يكفى هذا استظهار الإكراه . فإنه يقتصر على جمل العقد قابلاً للإبطال بينما العقد باطل كما قدمنا . ولكن على أى أساس يقوم بطلان العقد ؟ تقول النظرية التقليدية إن الأساس هو انعدام السبب ، إذ الالتزام بالمدىونية سببه القرض والقرض لم يتم . على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها عن طريق غير طريق السبب . ذلك أننا إذا اعتبرنا السند تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة ، فهو التزام بدفع مبلغ واجب بمقد القرض ، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم ، ففعل الالتزام معدوم ، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام المحل . وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته ، فالإلتزام المقرض لا يقوم هنا أيضاً لأنه لم يتسلم مبلغ القرض ، ولا بد من أن يتسلم المقرض مبلغ القرض حتى يلتزم برده . إما لأن القرض عقد عيني لم يتم بالتسليم ، وإما لأن القرض عقد رضائي (وفقاً للتقنين الجديد) لم يتم فيه المقرض بتنفيذ التزامه^(١) . وفى الحالين يسقط

(١) ويعتبر القرض فى هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين ، يلتزم به المقرض أن يتسلم المقرض مبلغ القرض ، يلتزم به المقرض أن يرد هذا المبلغ للمقرض . فهناك ارتباط ظاهر بين الالتزامين ، وسنرى أن فكرة الارتباط فى العقود الملزمة للجانبين تنفى عن فكرة السبب . فإذا لم ينفذ المقرض التزامه ، سقط التزام المقرض لما يوجد من ارتباط بين الالتزامين .

التزام من أمضى السند ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل .

أما إذا أمضى شخص سند مجاملة لدائن صوري ، فإن قواعد الصورية هنا تكفي وتفتيننا عن نظرية السبب . فالسند صوري . والدين لا وجود له فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى النير (حامل السند) فيؤخذ بالمقد الظاهر .

على أننا إذا تركنا هذه الأمثلة التفصيلية جانباً ، واستمرضنا طوائف العقود المختلفة ، زدنا يقيناً أن السبب بالمعنى التقليدي يسهل الاستغناء عنه .

فالالتزام في العقد الملزم للجانبين سببه ، كما تقول النظرية التقليدية ، الالتزام المقابل . ولكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التي قال بها بلانيول . بل لعل فكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فكرة السبب . ذلك أن انعدام السبب جزؤه البطلان كما هو معروف ، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان من الواجب أن يكون الجزاء واحداً في الحالتين . ولكننا نرى أن العقد يبطل في الحالة الأولى ويفسخ في الحالة الثانية ، وفي هذا التفريق عيب في واضح . أما فكرة الارتباط فأكثر مرونة من فكرة السبب . وهي تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد ، إذ منطلق الارتباط يقضى بأن العقد لا يوجد . وتسمح فكرة الارتباط في الوقت ذاته أن نقول إن العقد ينقضى بعد وجوده - أى يفسخ - إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد .

أما في العقود العينية وفي التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكاً . إذ تقول هذه النظرية إن العقد العيني سببه التسليم ، فإذا لم يتم التسليم لم يتم الالتزام لانعدام سببه . ومن السهل هنا أن يقال إن الالتزام لا يقوم ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد العقد العيني . وتقول النظرية التقليدية إن السبب في التبرعات هو نية التبرع ، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يتم التزام المتبرع لانعدام السبب . ولكن متى ثبت أن المتبرع قد رضى أن يتبرع ، فرضاؤه يتضمن حتماً نية التبرع . فإذا تبين أن هذه النية منملمة ، فذلك لا يكون

إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم ، وتكون الهبة باطلة في هذه الحالة لانعدام الرضاء
للا نعدام السبب .

٢٧٩ — كيف نستغنى عن السبب الصحيح : ومن السهل أيضاً أن نستغنى عن السبب
كما استغنيينا عن السبب الموجود . فالسبب غير الصحيح ، كما رأينا ، إما سبب موهوم
أو سبب صوري .

وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم ، وجدنا أنه يمكن الاستغناء فيها جميعاً عن نظرية
السبب بنظرية الحل . فالشخص غير الوارث الذي يتخارج مع وارث يتعامل في حق
معدوم . وهذا هو حال دائن التركة الذي يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه ، وحال
الموصى له الذي يتعامل في الموصى به إذا كانت الوصية باطلة أو كان الموصى قد عدل عنها ،
وحال الدائن الذي يحدد ديناً قديماً بعد أن يستوفيه .

أما السبب الصوري فقد رأينا أنه لا يبطل العقد إلا إذا كان يخفى سبباً موهوماً أو
سبباً غير مشروع . وقد فرغنا من السبب الموهوم ، فننتقل الآن إلى السبب غير المشروع .

٢٨٠ — كيف نستغنى عن نظرية السبب المشروع : ومن السهل أن نستغنى عن
السبب المشروع في العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التي قدمناها . فمن يتعهد بارتكاب
جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لعدم مشروعية الحل ، وكذلك لا يقوم
الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع . ومن يتعهد بعدم
ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لاستحالة الحل ، إذ هو لا يستطيع
إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل هذا الإنشاء ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل
لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل . والوسيط الذي يتعهد بالجاح في
النور على زوج صالح في مقابل مبلغ من النقود قد تمهد بأمر غير مشروع لا يتفق مع
الأداب ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام
غير مشروع .

أما في العقود العينية والتبرعات ، فإن اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم . فالسبب في العقود العينية هو التسليم ، ولا يتصور أن يكون التسليم غير مشروع إلا إذا وقع على محل غير مشروع ، وعند ذلك لا يتعدّد العقد لعدم مشروعية المحل لا لعدم مشروعية السبب . والسبب في التبرعات هو نية التبرع ، وكيف يتصور أن تكون نية التبرع في ذاتها غير مشروعة ! إن وجه الاستحالة في ذلك هو الذي يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية ، ومنهم كاييتان ، ينجحون إلى اعتبار السبب في التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع . بل إن القانون الروماني ذاته يمتد بالباعث في الوصايا وبعض الهبات كما أسلفنا .

٢٨١ — وجوب استبعاد النظرية التقليدية في أبهى صورة من صورها : ويتبين مما قدمناه ، أن النظرية التقليدية في السبب نظرية عقيمة . وهي نظرية يمكن استبعادها دون أية خسارة تلحق القانون ، إذ يسهل تخريج جميع النتائج التي يراد أن تترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانوني آخر لا علاقة له بالسبب .

ويستوى في ذلك أن تكون النظرية التقليدية كما هي على أصلها ، أو أن تكون محورة على النحو الذي يقول به كاييتان . وهناك من النقصاء من يستبقى النظرية التقليدية ، ويقصرها على السبب في الالتزام ، ويضع إلى جانبها نظرية القضاء ، ويعملها في العقد لا في الالتزام ، وبذلك تمكن المقابلة بين السبب في الالتزام والباعث في العقد^(١) . فهذه صور ثلاث للنظرية التقليدية .

وفي أية صورة من هذه الصور الثلاث لا ترى للنظرية التقليدية نفعاً يخول لها حق البقاء ، إذ يمكن الاستغناء عنها كما رأينا أياً كان الثوب الذي تلبسه ، وما هي إلا أثر من آثار الصياغة الرومانية القديمة ، وقد زالت مقتضيات هذه الصياغة ، فوجب أن تزول معها . ووجب في الوقت الذي تنبذ فيه النظرية التقليدية ألا تنبذ فكرة السبب في ذاتها ،

(١) انظر بلانيول وريير وإسمان ١ فقرة ٢٥٢ من ٣٥٠ — فيغورنو في العقد في الم شروع الفرنسي الإيطالي وفي القانون المارن فقرة ١٢٤ من ٤٣٢ — من ٤٣٣ — انظر أيضاً أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٥ هامش رقم ١ — ديكانت وكوليه دي سائير ٥ فقرة ٤٦ .

على أن تكون هي الفكرة الخصلة للنتيجة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهي النظرية التي قال بها القضاء الفرنسي . ونقتل الآن إليها .

§ ٢ — الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد

٢٨٢ — السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد : لم تستطع النظرية التقليدية أن تواجه الحياة العملية ولم يستطع القضاء وهو الذي يمشي في غمار العمل أن ينتفع بها . لذلك لم يلبث القضاء الفرنسي أن خرج عليها خروجاً صريحاً ، فكسر الحواجز التي أقامتها هذه النظرية ما بين السبب والباعث ، وخطط بينهما خطلاً تاماً ، لا في التبرعات فحسب ، بل فيها وفي سائر العقود . وقد أكسب القضاء نظرية السبب بهذا النهج مرونة لم تكن لها ، وأصبحت النظرية في يده منتجة ناعمة لا غنى عنها^(١) .

فالسبب في نظرية القضاء هو الباعث الدافع الموجه (mobile impulsif et déterminant) للمتعاقد في أن يلتزم . وما دامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما نشاء من الالتزامات ، وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها ، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، وأن يكون الغرض الذي ترمى إليه الإرادة إلى تحقيقه غرضاً لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب . وبواعث الإرادة كثيرة متنوعة ، منها الدافع وغير الدافع ، ومنها الرئيسي وغير الرئيسي ، فالباعث الدافع الرئيسي هو الذي يمتد به ، ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، إذ يكون هو السبب . بهذا المنطق الصحيح شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة^(٢) ، وسائر الفقه الحديث القضاء في هذا الطريق^(٣) .

(١) انظر في المقابلة ما بين جود النظرية التقليدية ومرونة النظرية الحديثة إلى بنكاظ ملحق بودري ٢
فقرة ٥٥٠ وفقرة ٦١٣ .

(٢) انظر في تحليل القضاء إلى تابان في نظرية السبب فقرة ١٥٢ — فقرة ١٦٥ .

(٣) ديموج ٢ فقرة ٧٤٦ ص ٥٤٣ — لبني أولمان في مذكراته في الالتزامات في الربيع الأول من =

وها نحن رجعنا ، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملي ، إلى نظرية الفقهاء الكنسيين في السبب . وهي النظرية المحصنة للنتيجة التي انحرف عنها دوماً إلى النظرية التقليدية ، فكان هذا الانحراف سبباً في كل ما أحاط نظرية السبب من اضطراب وما أصابها من عقم طوال القرون للماضية^(١) .

٢٨٣ — مرونة الباعث وكيف ينضبط : والباعث بالتحديد الذي أسنفناه أكثر مرونة من السبب في النظرية التقليدية . ويكفي أن نعود إلى خصائص السبب ، نضعها إلى جانب خصائص الباعث ، لترى التقيض إلى جانب التقيض . فقد قدمنا أن السبب معياره موضوعي وهو داخل في العقد لا يتغير في النوع الواحد من العقود ، أما الباعث فمعياره ذاتي وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين وما يفهمهم من البواعث وما دام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير ، كان من الواجب أن ينظر كيف ينضبط ، حتى لا يكون مثاراً للترعزع والتقلقة في التعامل .

ولا يجوز بداهة أن يمتد بالباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا

= القرن العشرين م ٣٢٠ و م ٣٢٨ — ٣٣٤ — بنكاز ملحق بودرى جزء ٢ فقرة ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦١١ — جوسران ٢ فقرة ١٤٨ .

(١) وليست نظرية الباعث خضبة غيب في نطاق القانون المدني والقانون الخاص بوجه عام ، بل هي أيضاً خضبة في نطاق القانون العام . فنظرية النصف في استعمال السلطة في القانون الإداري — وهي التي يبي على غرارها نظرية النصف في استعمال الحق في القانون المدني — إنما هي تطبيق لفكرة الباعث . فإذا كان الباعث للموظف الذي صدر منه القرار الإداري غير مشروع ، كان القرار باطلاً للتعسف في استعمال السلطة .

وكما جاز أن يقال بالنصف في استعمال السلطة الإدارية تطبيقاً لفكرة الباعث ، ألا يجوز أن يقال بالنصف في استعمال السلطة التشريعية تطبيقاً لفكرة ذاتها ؟ فلا يكون الصيب في التشريع أن يكون مخالفاً للدستور غيب ، كما يخالف القرار الإداري القانون ، بل يجوز أيضاً أن يكون التشريع منطوقاً على تعسف إذا هو مثلاً من حقوقاً مكتسبة لا ينبغي أن تمس ، أو إذا كانت تحت ستار أنه قاعدة عامة مجردة لم يتناول في الواقع إلا حالة فردية ذاتية ؟ هذا أمر نكتفي بالإشارة إليه ، فليس هنا مكان البحث فيه . [انظر بحثاً للمؤلف في مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية في مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة سنة ١٩٥٢] .

الباعث مجهولاً من التعاقد الآخر ، وإلا استطاع أى متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد - وهو أمر مستكن فى خفايا الضمير - من شأنه أن يحمل العقد باطلا . فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث ، ولا بد من ضابط يرجع إليه فى ذلك . وقد رأينا مثل هذا فى الغلط .

فما هو هذا الضابط ؟ أيكفى أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر ؟ أو يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ؟ أو يصح التوسط بين هذين الحدين ، فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهماً فى الباعث الذى دفع الطرف الأول إلى التعاقد ، دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه ، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به ؟

ونأتى بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة . شخص يقترض قوداً من آخر ليقامر بها . فالمقترض قد يجهل القرض الذى أخذ المقترض النقود من أجله ، وفى هذه الحالة لا يمتد بالباعث الذى دفع المقترض إلى التعاقد^(١) . وقد يكون القرض صديقاً للمقترض ، عالماً بقرضه ، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقترض من المقامرة ، وهذه هى مرتبة العلم . وقد يكون المقرض مرابياً يستثمر ماله فى إقراض المقامرين ، فيكون قد قصد إلى تمكين المقترض من المقامرة ، وهذه هى مرتبة المساهمة . وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذى يقامر المقترض معه ، فيتفقان على القرض للاستمرار فى المقامرة ، وهذه هى مرتبة الاتفاق . فآية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يمتد بالباعث ؟

رأبنا كايبتان يقول بوجوب الوصول إلى مرتبة الاتفاق ، فلا يمتد بالباعث إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين ، والاتفاق وحده فى نظر كايبتان هو الذى يدخل الباعث

(١) ومع ذلك يمتد ريبه بالباعث حتى إذا انفرد به أحد المتعاقدين ولم يعلمه المتعاقد الآخر ، إغرافاً منه فى فكرته المأثورة من وجوب إخضاع الطامل لقواعد الآداب (القاعدة الأدبية فى الالتزامات فقرة ٣٥ ص ٢٦٥ .

في دائرة التعاقد (dans le champ contractuel) ^(١) . ولا شك في أن الفقيه الفرنسي الكبير قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة في السبب ، ولكن دون أن يدخل في نطاقها ، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط وجوب الاتفاق على الباعث فيما بين المتعاقدين . وإعناهم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة للمساهمة .

أما القضاء الفرنسي فيكتفي بمرتبة العلم ، ويعتد بالباعث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ، ما دام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث ، كما هي الحال في الغلط . وسنرى بعد قليل تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسي تلور كلها في هذا النطاق .

والفقه يميز بين المعاوضات والتبرعات ، فيتطلب في الأولى مرتبة أعلى . ولكن الفقهاء يختلفون في تحديد هذه المرتبة .

فيذهب جوسران إلى أنه يكفي أن يكون الباعث في المعاوضات معلوماً من المتعاقد الآخر ، حتى يكون في هذا وقاية للتعامل من أن يتزعزع . أما في التبرعات فإن الإرادة التي تقف عندها هي إرادة التبرع وحده ، فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف ، سواء في ذلك أن يتم التبرع بتقابل إرادتين كالمبة أو بإرادة واحدة كالوصية . وهو لذلك يعتد بالباعث الذي دفع التبرع إلى تبرعه ، سواء كان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولاً منه ^(٢) .

ويذهب بواجيزان (Bois-Juzan) إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة في المعاوضات والاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات . ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات في أن الأولى بذل فيها كل من المتعاضين شيئاً من عنده ، وإرادة كل منهما تقوم بدور أساسي في تكوين المقد . ومن ثم وجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين في الباعث الذي دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية ، وأن تتعاون الإرادتان معاً في تحقيق الغرض

(١) انظر آخفاً فقرة ٢٧٤ في الهامش — وانظر كاييتان في السبب من ٢٤٤ .

(٢) انظر جوسران في البواعث (Les Mobiles) فقرة ١٥٩ من ٢٠١ وقرة ١٦٠ من ٢٠٣ .

غير المشروع . أما في التبرعات بإرادة المتبرع وحدها هي الأساسية ، إذ المتبرع وحده هو الذى بذل . ومن ثم جاز الاقتصار على هذه المرتبة السلبية وهي مرتبة العلم ، فهي كافية لاستقرار التعامل^(١) .

وإذا كان الذى يمتينا في انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل ، فالتقضاء الفرنسى على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم ، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة .

٢٨٤ — تطبيقات مقبلة من القضاء الفرنسى : نستعرض للقضاء الفرنسى بعض تطبيقات للسبب مفهوماً بمعنى الباعث الذى دفع إلى التعاقد ، مرجئين القضاء المصرى إلى الكلام في نظرية السبب في التقنين المدنى الجديد . ونقع في هذا الاستعراض التقسيم الثلاثى المعروف للتصرفات إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود عينية وتبرعات

في العقود الملزمة للجانبين ، كثيراً ما يبطل القضاء في فرنسا عقوداً يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع ، وإن كان السبب ، بالمعنى الذى تقول به النظرية التقليدية ، مشروعاً في هذه العقود . فالبيع أو الإيجار . إذا وقع أى منهما على منزل يريد المشتري أو المستأجر إدارته للعمازة ، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشتري أو المستأجر ، يكون باطلاً طبقاً لأحكام القضاء الفرنسى . وقد أراد بعض الفقهاء التمييز بين فرضين : (١) منزل معد للعمازة يباع أو يؤجر بعد إعداده ، فيعتبر متجراً (fonds de commerce) لا مجرد مكان ، وفي هذه الحالة يكون البيع أو الإيجار باطلاً لعدم مشروعية السبب وعدم مشروعية المحل معاً . (٢) ومنزل يباع أو يؤجر قبل أن يعد للعمازة ، باعتبار أنه مكان لا متجر ، ولو كان قصد المشتري أو المستأجر أن يديره للعمازة ، وفي هذه الحالة لا يكون العقد باطلاً طبقاً للنظرية التقليدية التى تميز بين السبب والباعث^(٢) . ولكن القضاء الفرنسى

(١) انظر بواجيزان (Bols-Juzan) في السبب في القانون الفرنسى ص ٥٧٣ — ص ٥٨٠ .

(٢) لوران ٢٥ فقرة ٦٥ — بودرى وظال ١ فقرة ١٠٧ .

لم يأخذ بهذا التمييز ، فهو يبطل العقد في الفرضين ، جاعلا السبب هو الباعث ، جرياً على النظرية التي يأخذ بها^(١) . ويفعل القضاء الفرنسي ذلك أيضاً في الأماكن التي تدار للمقامرة ، فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل^(٢) .

وفي العقود العينية ، يبطل القضاء الفرنسي قرضاً يكون قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد ، سواء كان مشتركاً معه في المقامرة أو لم يكن ، وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يفيد^(٣) . ويبطل القرض أيضاً إذا كان الفرض منه أن يتمكن المقرض من الحصول على منزل يديره للمهارة^(٤) ، أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بمخلية له^(٥) . وكالقرض رهن الحيازة^(٦) .

أما في التبرعات فقد كان القضاء الفرنسي أشد إمعاناً في جمل الباعث هو السبب . ولم يقف عند نية التبرع ، بل اعتد بالباعث على التبرع ، ونقب عن العوامل النفسية التي

(١) انظر كتاب الإيجار المؤلف فقرة ١١٣ من ١٥٧ — وانظر أيضاً كاييتان في السبب فقرة ١١٠ — ومن الأحكام الفرنسية التي قضت بطلان عقد الإيجار إذا كان المستأجر قد قصد إدارة المين المؤجرة للمهارة : محكمة ليون الاستئنافية في ١١ يولية سنة ١٨٦٢ سيرة ٦٣ — ٢ — ١٦٥ — محكمة باريس الاستئنافية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دي باليه ١٩٠٠ — ١ — ١٣٢ . وهناك أحكام قضت بطلان عقد الاستخدام في محل يدار للمهارة : محكمة النقض الفرنسية في ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللو ٩١ — ١ — ٤٨٤ . وأحكام قضت بطلان عقد بيع مفروشات لمحل يدار للمهارة : محكمة السين التجارية في أول مايو سنة ١٨٨٨ جازيت دي باليه ٨٨ — ١ — ٧٩٧ . وأحكام قضت بطلان بيع مشروبات اشتراها مرشح في الانتخاب لتنديعها إلى الناخبين حتى يحلمهم على انتخابه وكان بائع المشروبات يعرف قصد المشتري : محكمة تارب (Tarbes) الابتدائية في ١٤ مارس سنة ١٨٩٩ داللو ١٩٠٤ — ٢ — ٢٠١ .

(٢) محكمة بو الاستئنافية في ٢٨ يونية سنة ١٩٠٦ سيرة ١٩٠٧ — ٢ — ٦١ (متجر) — محكمة نيس الابتدائية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ جازيت دي تريينو ١٩١٠ — ١ — ١١٩ (مجرد مكان) .

(٣) قضي فرنسي في ٤ يولية سنة ١٨٩٢ داللو ٩٢ — ١ — ٥٠٠ .

(٤) قضي فرنسي في أول أبريل سنة ١٨٩٥ سيرة ٩٦ — ١ — ٢٨٩ .

(٥) قضي فرنسي في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ داللو ١٩٢٣ — ١ — ١٧٢ .

(٦) انظر مذكرات الأستاذ ليني أولمان في الالتزامات في الربيع الأول من القرن العشرين من ٣٢٧ .

دفعت التبرع إلى التجرد عن ماله دون مقابل ، أكان يريد الخير في ذاته ، أم يريد مصلحة خاصة مشروعة ، أم يرمى إلى غرض غير مشروع . فإذا تبين أن الباعث الذي دفع إلى التبرع غير شريف أو غير مشروع أبطل التبرع . والتطبيقات على هذا المبدأ كثيرة متنوعة نذكر أهمها : (أولاً) التبرع لولد غير شرعى : يقضى القانون المدنى الفرنسى بأن يكون نصيب الولد غير الشرعى فى مال أبويه ، تبرعاً أو ميراثاً ، محصوراً فى حدود ضيقة . فإذا زاد التبرع على الحد القروض كان الإقصاص إلى هذا الحد واجباً .

أما إذا كانت البتوة غير الشرعية ليست ثابتة قانوناً ، فالتبرع جائز ولو زاد على الحد ، مادام لم يثبت أن التبرع قد كان لولد غير شرعى . ولكن القضاء الفرنسى يبطل التبرع إذا ظهر أن الباعث للمتبرع على تبرعه هى علاقة بتوة غير شرعية ، فيجعل الباعث هو السبب ، ولا يكتفى بإقصاص التبرع إلى الحد الجائز ، بل يبطله جميعه ^(١) . (ثانياً) تبرع الخليل لخليلته : ويبطل القضاء الفرنسى تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد كان لإيجاد هذه العلاقة غير الترفقة أو لاستبقائها أو لإعادتها ^(٢) . أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تمويص الخلية عما أصابها من الضرر بسبب هذه المباشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً ، بل هو فى الواقع يعتبر وفاء لالتزام طبيعى ^(٣) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى محل الالتزام المخالف للآداب . (ثالثاً) تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تنفصل عنه انفصالا ودياً : انفصال الزوجة عن زوجها (séparation des corps) فى القانون الفرنسى لا يكون إلا بعد اتباع إجراءات خاصة نص عليها هذا القانون ، أو يكون بالطلاق . وفيما عدا هاتين

(١) قضى فرنسى فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٧ - ١ - ٢٩٢ - وفى ٢٩ يونيو سنة ١٨٨٧ سيره ٨٧ - ١ - ٣٥٨ .

(٢) قضى فرنسى فى ٨ يولية سنة ١٩٢٥ سيره ١٩٢٧ - ١ - ٢٩٤ - وفى ٨ يونيو سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١١٣ .

(٣) قضى فرنسى فى ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيره ١٩١٨ - ١ - ١٧٠ .

الحالتين فالإتفاق ما بين الزوجين على أن يتفصل أحدهما عن الآخر (séparation de fait) دون اتباع الإجراءات الرسمية لذلك يكون غير مشروع . فإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضا بهذا الانفصال الودى يكون سبب تبرعه ، أو الباعث عليه ، غير مشروع ويبطل التبرع^(١) . (رابعاً) التبرع المقرون بشرط : إذا اقترن التبرع بشرط غير مشروع بطل الشرط ، وبقي التبرع ، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٠٠ من القانون المدنى الفرنسى . إلا أن القضاء الفرنسى قيد من هذا الحكم بفضل نظريته فى السبب . فقد ميز فى الشرط الذى يقترن به التبرع بين شرط دافع وشرط غير دافع ، فالثانى وحده هو الذى يطبق عليه نص المادة ٩٠٠ ويبطل إذا كان غير مشروع مع بقاء التبرع قائماً . أما الشرط الدافع إلى التبرع . أى الباعث على هذا التبرع ، فقد اعتبره القضاء سبباً لالتزام التبرع ، ويترب على ذلك أنه إذا كان غير مشروع ، فإن التبرع جيمه يكون باطلاً ، ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط^(٢) .

§ ٣ — التصرف المجرد^(٣)

(L'acte abstrait)

٢٨٥ — التصرف الملب والتصرف المجرد : قدمنا أن السبب ركن من أركان الالتزام ، لا يقوم الالتزام إلا به ، على فرق ما بين معنى السبب فى النظرية التقليدية ومعناه فى النظرية الحديثة . وقد كان القانون الرومانى لا يعتمد بالسبب ولا بالإرادة ذاتها فى العقود

(١) قس فرنسى فى ٢ يناير سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ — ١ — ١٣٧ .

(٢) قس فرنسى فى ١٧ يولية سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ — ١ — ٣٠٥ — وفى ٨ مايو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ — ١ — ٢٢٠ — وفى ٢٣ يولية سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٥ — ١ — ٤٩ — وفى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ — ١ — ٢٣٩ .

(٣) [بىن المراجع : أوزيا (Ostas) : رسالة من باريس ١٩٢٤ — محمود أبو عاقبة : رسالة من القاهرة ١٩٤٧ — دى باج ج ٢ بند ٤٧٩ مكرر س ٤٥١ وما بعدها — وبجته عن الالتزام المجرد فى القانون الحاس والمقارن (بروكل ١٩٥٧) — الدكتور حشمت أبو ستيت بند ٢٢٣ س ٢١٨ — الدكتور عبد الحى حجازى طبعة ١٩٦٢ بند ١٨٣ س ٢٧٥] .

الشكلية . ثم انتصر مذهب الرضائية في القرون الوسطى على يد الكنسيين ، فأصبحت الإرادة وحدها — مجردة من الشكل — ملزمة . ولكن الإرادة إذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتخلت من هذا القيد ، فهي من جهة أخرى قد اقترنت بالسبب فاستبدلت قيد السبب بقيد الشكل .

أما الإرادة مجردة من الشكل ومن السبب معاً فلا يمكن أن يسلم بها كقاعدة في قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية . فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحرر الإرادة من عيوبها وأن تقرن بسببها . ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يحل من اليسر أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة ، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة ، ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة ، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد .

وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو ، إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير قابل للإبطال لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب . فالدائن في التصرف المجرد يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطال التصرف لئيب في الإرادة أو لئيب في السبب . وكل ما يستطيع المدين هو أن يرجع بدعوى الإثراء على دائنه ، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد وفى الدين ، أو يسترد ما دفع إذا كان قد وفى . ومن ثم يكون التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان ، تشدد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار . وإذا كان التعامل يتنازعه عاملان ، عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار ، فإن التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول ، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثانى . ومنذ انتكصت الشكلية في المقود وساد مذهب الرضائية ؛ انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار ، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد فقيه ينتصر على الإرادة كأريأنا . ومن هنا كان تطور النقد من تصرف شكلى إلى تصرف رضائى ، ثم من تصرف رضائى إلى تصرف مجرد ، تطوراً

تعاقد فيه عاملاً الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة ، كان الظفر في كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر . ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد رجوعاً مهبذباً إلى التصرف الشكلى ، كلاهما يستجيب لامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلى يستجيب إليه فى جمعية بدائية ، ويستجيب إليه التصرف المجرد فى جمعية متحضرة .

على أن التصرف المجرد — على شدة الحاجة إليه فى استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشتت سبلها واحتيج إلى أدوات ائتمان ثابتة — لم يظفر من القوانين اللاتينية ، وهى التى تأخذ بالإرادة الباطنة ، إلا بمكان ضيق محدود . وعلى النقيض من ذلك ظفر التصرف المجرد فى القوانين الجرمانية ، وهى التى تأخذ بالإرادة الظاهرة ، بمكان رحب مما فيه إلى مرتبة القاعدة . ولا غرابة فى ذلك ، فقد بينا أن التصرف المجرد يمشى مع الإرادة الظاهرة التى تأخذ بها القوانين الجرمانية^(١) . ويتعارض مع الإرادة الباطنة التى تأخذ بها القوانين اللاتينية .

ويبقى أن نستعرض حظ التصرف المجرد فى كل من القوانين الجرمانية والقوانين اللاتينية ويدخل القانون المصرى فى هذه القوانين الأخيرة .

(١) يفسر الدكتور أبو غافية — فى رسالته « التصرف المجرد » القاهرة سنة ١٩٤٧ — التصرف المجرد على أساس الإرادة الظاهرة . وعنده أن التصرف المجرد هو التصرف الذى يصح بغض النظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة (فقرة ٨٤ من الرسالة المشار إليها) . ويرتب على ذلك أن التصرف المجرد « نظام استثنائى خارج على القواعد العامة » ، ولا فرق فى ذلك بين القانون الألمانى والقانون المصرى والفرنسى « (فقرة ٨٥) . ويرفض أن يكون المعيار فى التصرف المجرد هو تجرده عن السبب ، ويذهب إلى أن المعيار هو تجرد التصرف عن الإرادة الباطنة ليمضى لإرادة ظاهرة .

ونلاحظ على هذا المذهب أن التصرف المجرد وهو يتجرد عن الإرادة الباطنة يتجرد فى الوقت ذاته عن السبب ، وذلك سواء اعتبر السبب عنصراً مستقلاً عن الإرادة الباطنة كما فى الحال فى القوانين اللاتينية ، أو اعتبر عنصراً غير مستقل عن الإرادة الباطنة وعد من مقومات هذه الإرادة كما فى الحال فى القانون الألمانى . فالتصرف المجرد يتميز فى جميع الأحوال بتجرده عن السبب . على أن المذهب الذى يقول به الدكتور أبو غافية يضيف شيئاً جديداً ، هو أن التصرف المجرد يتميز لا بتجرده عن السبب غيب ، بل أيضاً بتجرده عن الإرادة الباطنة ذاتها .

٢٨٦ — التصرف المجرد في القوانين الجرمانية : لا نجد في التقنيات الجرمانية نصوصاً تعرض لنظرية السبب عرضاً مباشراً كما تفعل التقنيات اللاتينية . فالتقنين المتساوي لا يشير إلى السبب إلا في المادة ٩٠١ ليقدر أن الباعث لا أثر له في صحة عقود المعاوضات إلا إذا جعل منه المتعاقدان شرطاً صريحاً لصحة العقد . والتقنين الألماني لا يعرض للنظرية بنص صريح . وتقنين الالتزامات السويسري لا يعرض لها إلا في صورة عرضية عندما ينص في المادة ١٧ على أن الاعتراف بالدين صحيح حتى لو لم يذكر سببه . ويمل ذلك عادة بأن هذه التقنيات تأثرت بالقانون الروماني ، وهذا القانون كما رأينا لا يفسح مجالاً واسعاً لنظرية السبب إذ أن فكرة السبب فيه فكرة مادية لا تتبين لها نتائج عملية إلا في نطاق محدود ، وبخاصة في نطاق دعاوى الإثراء . ولكن بالرغم من أن هذه التقنيات لا تنص على نظرية السبب نرى التصرفات فيها نوعين : النوع الأول هو التصرفات المسببة (Kausale Rechtsgeschaeft) وهي أغلب التصرفات المدنية وفيها السبب ركن يجب أن تتوافر فيه شروطه المعروفة فيكون صحيحاً مشروعاً ، والنوع الثاني هو التصرفات المجردة (Abstrakte Rechtsgeschaeft) لا يعتد فيها بالسبب ولا بميوب الإرادة وقد وضعت لها قواعد عامة سيأتي بيانها .

فالسبب لا يزال إذن موجوداً في القوانين الجرمانية ، ولكنه سبب بالمعنى المفهوم في النظرية التقليدية يراد به الفرض الموضوعي المباشر من التعاقد تمييزاً له عن الباعث ، ويشترط فيه أن يكون صحيحاً مشروعاً وإلا بطل العقد . أما الباعث فلا أثر له في صحة العقد ولو كان هو الذي دفع إلى التعاقد^(١) .

(١) انظر كايتمان في السبب فقرة ٨٣ — فقرة ٨٤ وبنوع خامس ص ١٨١ — ص ١٨٢ . ويستعرض الدكتور أبو عافية في رسالته المشار إليها (فقرة ٤١ وما بعدها) نظرية السبب في القانون الألماني من ناحيتين التصرف المجرد ومبدأ الإثراء بلا سبب . فيبدأ بتحديد ما يسميه الألمان « الإضافة إلى الثمة » (Vermögenszuwending) ، وهي عبارة عن منفعة مالية أو إثراء يتحقق لصالح شخصي بمقتضى عمل إرادى مشروع (تصرف قانونى أو عمل مادي) يصدر من المقتدر . وسبب « الإضافة إلى الثمة » هو عبارة عن الفرض المباشر الذى يرى إلى تحقيقه المضيف للثمة . ويحدد هذا السبب وفقاً لفقته الألماني على =

وإلى جانب التصرفات المسببة توجد التصرفات المجردة ، وقد أفسح لها مجال واسع كما قدمنا . وهى طائفتان : طائفة عقود انتقال الملكية وطائفة العقود المنشئة للالتزامات .

فالأولى تنتقل بها الملكية — والحق الصينى بوجه عام — دون اعتبار للسبب . ذلك أن الملكية فى هذه التصنيفات لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها ، بل لا بد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال الملكية ، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقارى ويعلنان اتفاقهما ويسجلان هذا الاتفاق فى السجل العقارى (Livre Foncier) وعقد انتقال الملكية ، فى القانون الألمانى بنوع خاص ، عقد مجرد ، تنتقل به الملكية سواء كان المقد المنشئ للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيباً . وإذا اتضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً وأن الملكية انتقلت دون سبب ، فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هى دعوى الإثراء بلا سبب . وبذلك يتوافر لهذا العقد مزية الاستقرار والثبات . فما على الشخص حتى يقبض أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقارى ، فمن كان اسمه مسجلاً فيه كان هو المالك ، ولو كان فى ذلك تضحية للمالك الحقيقى — أما التفتين السويسرى فلا يحى الغير الذى اعتمد على السجل العقارى إلا إذا

== أساس تقسيم ثلاثى لسبب موروث عن دعاوى الإثراء فى القانون الرومانى ، يكون السبب بمقتضاه إما الوفاء (causa solvendi) أو الإدانة (causa credendi) أو التبرع (causa donandi) . والإدانة هى التصرف بمقابل ، وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه استرداد ما أعطاه المضيف أو استرداد قيمته كما فى القرض وفى الوكالة ، وإما أن يكون موضوعه شيئاً آخر يحدد بالاتفاق كما فى العقود المزمرة للجانبين فالبايع يحصل على دين بائنه فى مقابل التزامه بنقل ملكية المبيع . ولا يختلط سبب الإضافة إلى الذمة بالباعث عليها . ويلاحظ الفقيه الألمانى فون تور أنه « لا يجب الخلط بين السبب القانونى والأغراض البعيدة التى يرى إليها المضيف ، أى البواعث (Beweggründe) التى تدفعه إلى تنفيذ التزامه أو إلى الحصول على مقابل أو إلى الهبة فوراء كل سبب قانونى بواعث تختلف باختلاف الأحوال . فالبهبة مثلاً قد تتم بناء على عطف أو بسبب الرأى العام ، ولكن هذه البواعث لا تدخل فى حسابنا كقاعدة عامة لتقدير وجود الإضافة ونتائجها القانونية إلا إذا كانت قد اشترطت فى التصرف القانونى » . وسنعود إلى هذه المسألة مرة أخرى عند الكلام فى الإثراء بلا سبب وتحديد معنى السبب فى الإثراء فى القانون الألمانى . وبكفينا هنا أن نشير إلى التقارب الواضح بين معنى السبب فى النظرية التقليدية ومعنى سبب الإضافة إلى الذمة فى الفقه الألمانى .

انظر أيضاً فى نظرية مادية لسبب فى الفقه الإيطالى ، على أساس أن السبب يرتبط بإرادة القانون لا بإرادة الأفراد وباعتبار أن لكل تصرف وظيفة قانونية فهذه الوظيفة هى السبب ، إلى رسالة الدكتور أبو عطية المشار إليها فقرة ٣٦ .

كان حسن النية (م ٩٧٣ من التقنين للدنى السويديرى) . ومن ثم نرى أن التجريد يحتمل التدرج . وتأيداً لذلك نسوق مثلاً آخر نأتى به من القانون المصرى . فقد قضت المادة ١٥ من قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى بوجوب تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية أو التأشير بها ، ويترتب على هذا التسجيل أو التأشير أن حق للدعى إذا تقرر بحكم يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . ويتبين من ذلك أن من يتعامل مع غير المالك فى عقار وهو حسن النية ، ويسجل عقده قبل أن يسجل المالك دعوى الاستحقاق ، يفضل على المالك وتخلص له ملكية العقار ، والقاعدة كما نرى تنطوى على ضرب من التجريد .

والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للالتزامات . وتشمل : (أولاً) حالات معينة بذاتها ، منصوصاً عليها . وهى — عدا الأوراق التجارية والسندات — حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والإنابة فى الوفاء . وفى هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذى رأيناه فى عقود انتقال الملكية . فيتم نقل الحق أو الدين ويتحقق التنازل عن الحق الشخصى دون اعتبار للسبب فى هذه الحوالة أو فى هذا التنازل ، فإذا تبين أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء . كذلك التزام النائب للنائب لديه بالوفاء التزام مجرد عن السبب ، فلا يستطيع النائب أن يحتج على النائب لديه بما كان له أن يحتج به من دفع ضد النائب (أنظر فى التقنين الألمانى : م ٣٩٨ وم ٤١٣ لحوالة الحق ، وم ٤١٤ وما بعدها لحوالة الدين ، وم ٣٩٧ للتنازل عن الحق الشخصى ، وم ٧٨٤ للإنابة فى الوفاء — وانظر فى تقنين الالتزامات السويديرى : م ١٦٤ وما بعدها لحوالة الحق ، وم ١٧٩ فقرة ثالثة لحوالة الدين ، وم ١١٥ للتنازل عن الحق الشخصى ، وم ٤٦٨ للإنابة فى الوفاء) . (ثانياً) التمسد المجرد بالوفاء

(promesse abstraite de payer) والاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance

abstraite de dette)، وهما صورتان المامتان للتصرف المجرد. فتضع التقنيات الجرمانية هنا قاعدة عامة للتصرف المجرد، وتجزئ أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعترافه بالدين مجرداً. فيوجد الالتزام في ذمته منفصلاً عن السبب، ويقوم هذا الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود أو غير مشروع. وليس للمدين إلا دعوى الإثراء إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح، فيتخلص بذلك من التزام موجود أو يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام^(١). واشترطت المادة ٧٨٠ من التقنين الألماني لصحة الالتزام المجرد أن يكون في ورقة مكتوبة، إلا إذا كان تصفية لحساب أو عن صلح فلا تشرط الكتابة ولا يشترط التقنين السويسري الكتابة إطلاقاً (م ١٧)^(٢).

٢٨٧ — التصرف المجرد في القوانين اللاتينية وفي القانون المصري : أما

القوانين اللاتينية، وهي مشبعة بنظرية السبب كما رأينا، فلا تسلم بالتصرف المجرد. وأهي على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنيات الجرمانية. وإذا كان هناك نص في كل من التقنينين للمصري والفرنسي يقضي بقيام الالتزام ولو لم يذكر سببه (م ١٣٧ من التقنين للمصري الجديد وم ١١٣٢ من التقنين الفرنسي)، فسنرى أن هذا النص لا يعرض إلا لمسألة من مسائل الإثبات ليلقى عبء الإثبات في السبب على عاتق المدين. وهناك فرق بين التزام مسبب، يلقي على المدين فيه عبء إثبات انعدام السبب، والالتزام

(١) وقد عبد الطريق أمام التقنين الألماني في إجازة الالتزام المجرد أن المؤتمر التاسع لفقهاء الألمان، تحت تأثير لمهريج الفقيه الألماني المعروف، أقر هذا الضرب من الالتزام.

(٢) انظر في موضوع التصرف المجرد في القوانين الجرمانية كاييتان في السبب فقرة ٨٥ — فقرة ٨٦ وفقرة ١٦٥ — فقرة ١٧٤ — سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ٢٦٠ — فقرة ٢٦٦ — مذكرات الأستاذ ليني أولمان ص ٣٦١ — ص ٣٦٤ — فيفورتو فقرة ١٢٨ — ديموج ١ فقرة ٩١ و ٢ فقرة ٨٤٢. ويربط ديموج نظرية الالتزام المجرد بنظرية الإرادة الظاهرة كما فعل الدكتور أبو غانية في رسالته المشار إليها، فما دنا فأخذ بالإرادة الظاهرة كما هي فلا شأن لنا بالعانة التي تسمى إليها هذه الإرادة ولا بالعانة التي حركها (نظرية القصد للمؤلف ق ٥٦٠).

مجرد عن السبب . فالإتزام الأول ، إذا أثبت المدين أنه لا يقوم على سبب مشروع ، يكون المقد فيه باطلا . أما في الإلتزام الثانى ، وهو الإلتزام المجرد ، فيبقى المقد صحيحاً حتى لو أثبت المدين انعدام السبب أو عدم مشروعيته ، وليس أمام هذا إلا دعوى الإثراء كما سبق القول .

فالإلتزام في القوانين اللاتينية هو إذن التزام مسبب . على أن هذه القوانين تقر الإلتزام المجرد في حالات معينة منصوص عليها بذاتها ، وهى قليلة العدد . وقد نص التقنين التجارى — حيث تشتد الحاجة للإلتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته — على عدد منها ، هى الكيالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها . أما التقنين المدنى فقد نص على حالتين : التزام المناب فى الوفاء نحو المناب لديه والتزام الكفيل نحو الدائن^(١) .

ونقتصر هنا على ما ورد فى هذا الصدد فى التقنين المدنى المصرى الجديد . فقد نصت المادة ٣٦١ على أن يكون «التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المناب باطلاً أو كان هذا الإلتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره»^(٢) . أما فى الكفالة فللكفيل أن يتسك

(١) [ويشير الدكتور عبد الحى حجازى إلى تطبيق جديد للإلتزام المجرد وهو التزام شركات التأمين بالوفاء فى حالة التأمين الإجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات (المقرر بالقانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥) — أنظر حجازى طبعة ١٩٦٢ ص ٢٨٦ بند ١٩٠] .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ — وفى ٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٠١ — وفى ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ — وقررن حكماً لمحكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ فصرت فيه هذه القاعدة على الإنابة الكاملة دون الإنابة غير الكاملة (وهى التى لا تتطو على تجديد الدين) . أما القانون الجديد الجديد فنصه هو كما رأينا عام مطلق لا يميز بين الإنابة الكاملة والإنابة غير الكاملة . أنظر أيضاً الدكتور أبو عافية فى التصرف المجرد فقرة ٦٢ .

ويذهب الدكتور أبو عافية (التصرف المجرد فقرة ٦١) إلى أن المناب لا يجوز له أيضاً أن يتسك بالدفع التى تكون للنيب قبل المناب لديه ، فلو دفع النيب الدين للمناب لديه فإن هذا لا يمنع المناب لديه أن يطالب المناب بالدين الذى أقر به ، ويرجع النيب فى هذه الحالة بدعوى الإثراء على المناب لديه . ونرى ، =

بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين (م ٧٨٢ مدني جديد) ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفع التي له أن يتمسك بها ضد المدين ، فإذا كفل الكفيل المدين في نظير أن يوفى للمدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يشغل عقار الكفيل ، ولم يوفى للمدين بهذا الدين الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً ، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوفى بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن^(١) .

ويتبين مما قدمناه أن القانون المصري قد انحاز انحيازاً تاماً إلى القوانين اللاتينية ، وبقي في حظيرتها كما أسلفنا الإشارة : فاشتط في التصرفات أن تكون مسببة ، ولم يسلم بالتصرف المجرد إلا في حالات معينة بذواتها^(٢) .

== مع محكمة الاستئناف المختلطة (أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٨) التي اتفقد الدكتور أبو عافية حكمها ، أن التيب إذا دفع الدين للتاب لديه كان هذا رجوعاً في الإنابة يعطيم التاب أن يتمسك به ، فإذا طالب التاب لديه بعد ذلك التاب مالمين ، جاز لهذا أن يقدم المطالبة باقتضاء الدين ، وليس في نص المادة ٣٦١ من القانون الجديد ما يحول دون هذا الدفع . ولكن إذا حول التاب لديه حقه قبل التاب إلى الأجنبي . بقي التزام التاب مجرداً بالنسبة إلى هذا الأجنبي — ذلك أن التصرف المجرد لإرادة ظاهرة تجردت عن الإرادة الحقيقية وعن السبب ، وفقاً لما يقضى به القانون لمصلحة يتوخاها . فالقانون هو الذي يمكن بزمam التجريد ، فلا يبيحه إلا للضرورة ، ويقدر هذه الضرورة . ومن ثم تدرج التجريد تبعاً للقدر الذي تقتضيه الضرورة ، وفي المثال السابق يزول التجريد بالنسبة إلى التاب لديه لأن الضرورة لا تقتضيه ، ويبقى بالنسبة إلى الأجنبي لأن الضرورة تستوجب بقاءه .

(١) أظن في هذا التي محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٢٢ ص ٤٧٠ — الدكتور أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٥٩ — فقرة ٦٠ .

(٢) ويلاحظ أن الترائم التي تأخذ بالإرادة الظاهرة يغلب ألا تفسح مجالاً واسعاً لنظرية السبب ، وتكون فكرة السبب عندها فكرة مادية . ونظر التصرف المجرد . رأينا ذلك في القوانين الجرمانية ، ونقول الآن كلمة موجزة عن الفريعة الإسلامية وعن القانون الإنجليزي .

الفريعة الإسلامية تأخذ بالإرادة الظاهرة إلى مدى بعيد . ويظهر أن هذا هو الذي منع من تقديم نظرية السبب فيها م أنها شرعية مشبعة بالروح الدينية والحلقية كالتقانون الكنسي الذي هو المصدر الأول لنظرية السبب الحديثة . وإذا أمكن أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامي نظرية للسبب ، فهذه النظرية لا يمكن إلا أن تكون نظرية مادية . ويستطيع الباحث أن يستخلص من نصوص الفقه الإسلامي التمييز ما بين الفرض المباشر الذي قصد المتعاقدان الحصول عليه من العقد وبين الباعث له على التعاقد . فأباحت لا أثر له في صحة العقد إلا إذا ذكر صراحة وأصبح جزءاً من الأفاق (أظن بمخاً في هذه المسألة) نظرية العقد ==

المطلب الثالث

نظرية السبب في التقنين المدنى المصرى الجديد

٢٨٨ — مسائل موصلة : تلقى التقنين الجديد النظرية الحديثة في السبب ميراثاً عن التقنين القديم والقضاء المصرى ، فقد كان الفقه والقضاء في مصر ، قبل صدور التقنين الجديد ، قد عبدا الطريق لتبذ النظرية التقليدية الضيقة وتلقى النظرية الحديثة الخصبية . ولكن التقنين الجديد خطأ خطوة أخرى إلى الأمام ، إذ أرجع السبب سيرته الأولى عندما كان في يد الفقهاء الكنتسيين عاملاً لحماية المشروعية قبل أن يكون عاملاً لتحصيل الإرادة من عيونها . ففصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الناطق ، واقتصر في شروط السبب على للمشروعية دون الصحة . ثم عرض في نص هام لإثبات السبب .

فنحن نستعرض هنا مسائل ثلاثاً :

- ١ — اعتناق التقنين الجديد للنظرية الحديثة في السبب .
- ٢ — الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الناطق في القانون الجديد .
- ٣ — إثبات السبب .

== للمؤلف نظرة ٥٦٢) . واضر بحثاً مفصلاً في نظرية السبب في الفقه الإسلامى في مذاهب الأربعة في مصادر الحق في الفقه الإسلامى للمؤلف الجزء الأول سنة ١٩٥٧ .

- ١ . والقانون الإنجليزى كالشريعة الإسلامية نظرية السبب فيه نظرية مادية ، والقعود عنده إما شكلية وهذه يمكن في صحتها الشكل وحده ، وإما روائية وهذه لا بد فيها من وجود اعتبار (consideration) وهو ما يقابل السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية ، أى السبب المادى الداخلى الذى لا يتغير . ويختلف « الاعتبار » عن « السبب » في أمرين : (١) الفسكرة في الاعتبار ليست هي التزم الذى حصل عليه الملتزم من وراء التزامه كما هو الأمر في السبب ، بل هو التزم الذى تحمله الدائن حتى يحصل في التزام المدين (٢) نية التبرع لا تصلح « اعتباراً » في القانون الإنجليزى وتصلح « سبباً » في النظرية التقليدية . ومن هنا كانت عقود التبرع في القانون الإنجليزى شكلية لخلوها من « الاعتبار » (نظرية المؤلف فقرة ٦١) .
- ٣٣ — مصادر الالتزام

١٥ — اعتناق التقنين الجديد للنظرية الحديثة في السبب

٢٨٩ — النصوص القانونية : نص التقنين الجديد في المادة ١٣٦ على ما يأتي :

« إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً »^(١)

وكان التقنين القديم ينص في المادة ١٤٨/٩٤ على أنه « يشترط لصحة التعهدات أن تكون نبتية على سبب صحيح بجائز قانوناً » .

ونلاحظ منذ الآن الفرق ما بين النصين . فنص التقنين القديم يشترط في السبب الصحة والمشروعية . أما نص التقنين الجديد فلا يشترط إلا المشروعية ، إذ السبب غير الصحيح يدخل في منطقة المأط كما قدمنا .

ولم يصرح التقنين الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذى يقصده من « السبب » . ولكن لا شك في أنه يستتق النظرية الحديثة ، ويفذ النظرية التقليدية . فقد كان هذا هو شأن التقنين القديم ، وهو لا يزيد في صراحة التمييز عن القانون الجديد . وكان الفقه والقضاء في مصر يفسران عبارات التقنين القديم على معنى النظرية الحديثة لا على معنى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : م ١٨٩ : يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع — م ١٩٠ : يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة على الوجه الآتى : « إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً » . وأصبح رقم المادة ١٤٠ في المشروع النهائى — وولفق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكفلك فصلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٢٢٦ — م ٢٢٨) .

وقابل النص في التفتينات المدنية المصرية الأخرى : السورى م ١٣٧ (مطابق) — الليبى م ١٣٦ (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلاً : وهذا النص أدق من نص التقنين المصرى كما سنرى) — العراق م ١/١٣٢ (موافق) — اللبناني م ١٩٥ — ١٩٨ (سبب الالتزام وهو السبب بالمعنى التقليدى . والمادتان ٢٠٠ — ٢٠١ (سبب العقد وهو الباعث الدافع بالمعنى الحديث) .

النظرية التقليدية . ولم يقطع التقنين الجديد صلتَه بهذه التقاليد ، بل هو قد تأخر بنوع خاص بتقاليد القضاة المصريين والفرنسي . وقد ذكر ذلك صراحة في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ ورد فيها ما يأتى : « لم يهيج المشروع نهج التقنينات البرمائية بشأن نظرية السبب ، بل اختار على التقيص من ذلك مذهب التقنينات اللاتينية واتصر معها لهذه النظرية . والواقع أن السبب كما يصوره القضاةان الفرنسي والمصرى بمعنى الباعث المستحث يدخل فى نطاق القانون المدنى عنصراً قسماً من عناصر الأخلاق بمدى زعته المادية ، وهى بعد زعرة يشتد طغيانها فى بعض الأحيان »^(١) . وجاء فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتى : « يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمله القضاةان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر . فهو بهذه الثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمواضات »^(٢) .

السبب إذن ، فى نظر التقنين الجديد ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد (cause impulsive) لا مجرد الفرض المباشر المقصود فى العقد (cause finale) . وهو أمر نفسى خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث . وكل ما أوردناه عن النظرية الحديثة فى السبب ينطبق فى القانون الجديد . ولا بد فى التقنين الجديد أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من المتعاقد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥ . وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى تعديلين استعملتهما التقنين الجديد فقالت : ورغم أن المشروع قد ألزم حدود الصور التقليدى للسبب كما ارتسمت معاملة فى التقنينات اللاتينية ، إلا أنه عرض له تعديلان متوافقان الأهمية . فإماى أولاً أنه اقتصر على رد عدم مشروعية السبب إلى تناقضه مع النظام العام أو الآداب دون أن يشير إلى مخالفته لنس منصوص القانون . وهو يغاقل هذه الإشارة بخالف ما اتجه التقنين الفرنسى وأكثرت التقنينات اللاتينية منعاً فى ذلك بين الاعتبارات التى ألمت عليه مسلكتها فيما يتعلق بعدم مشروعية المثل . والواقع أنه قد يؤخذ على الإشراك إلى مخالفة السبب لنس منصوص القانون إفراطاً فى الحدة أو تجرداً من الفائدة . فهى تجاوز حدود المقصود إذا صرفت عبارة « نس القانون » إلى الأحكام التشرعية كافة . وهى تصبح عدمية البناء إذا اقتصر المقصود من هذه العبارة على الأحكام الآمرة التى لا يجوز الخروج عليها بمعية الأفراد . ويرافق من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر « السبب الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق للواقع ، ولهذا هو أهم التعديلات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧

الأخر ، فإذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، ولم يمكن للمتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته أن يعلم به ، فعدم المشروعية هنا لا يمتد به ، ويكون العقد صحيحاً ، ويقوم لأعلى الإرادة الحقيقية فهى غير مشروعة ، ولكن على الإرادة الظاهرة ، شأنه فى ذلك شأن العقد الذى يقوم على إرادة معيبة بطل أو تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالسبب ولا يستطيع أن يعلم به ، وقد مر بنا ذلك ^(١) .

وهذه النظرية الحديثة التى أخذ بها القانون الجديد سبقه إليها ، كما قدمنا ، الفقه والقضاء فى مصر . ونعرض الآن لكل منهما .

٢٩٠ — الفقه فى مصر : أخذ بعض الفقهاء فى مصر بالنظرية التقليدية فى السبب ، وقالوا عن الفقهاء الفرنسيين كما أوردناها فيما تقدم ^(٢) .

ولكن بعض الفقهاء جاوزوا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وهى نظرية القضاء الفرنسى ، فأثروها على النظرية التقليدية ^(٣) .

وهناك من الفقهاء من قال بازدواج السبب ، فاستبقى النظرية التقليدية وأكملها بالنظرية الحديثة على غرار التقنين اللبنانى ^(٤) .

(١) وقد يقال أيضاً — كما قيل فى صدد النلط والتدليس والإكراه — إن العقد يقوم لا على التراضى بل على سبيل التصوى .

(٢) أنظر الدكتور عبد السلام زحى فى النظرية العامة للالتزامات ص ١٤٥ وما بعدها — الدكتور محمد صالح فى أصول التصديقات ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٣) أنظر والتون ١ ص ٦١ — ص ٦٣ — محمد وهبة فى النظرية العامة فى الالتزامات فترة ٣١٨ — نظرية العقد للذولف فترة ٥٤٤ — فترة ٥٤٨ . محمد كامل مرسى فى الالتزامات ص ٤٦٨ و ص ٤٧٠ .

(٤) وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمى إلى نظرية السبب المزدوجة التى أخذ بها التقنين اللبنانى ولم يأخذ بها التقنين الجديد ، فقالت فى هذا الصدد ما يأتى : ويفرق التقنين اللبنانى بين سبب الالتزام وسبب العقد (م ١٩٤) . فسبب الالتزام هو الباعث الذى يدفع إليه مباشرة . وهو بهذا الوصفه يجهل فى صورة واحدة فى كل ضرب من ضروب الالتزام ، ويترجى أمن المتعاقده . فهو فى العقود =

ونحن لا نرى مقتضياً لاستبقاء النظرية التقليدية وتكليفها بالنظرية الحديثة . وقد رأينا فيما قدمناه أن النظرية التقليدية لا نفع فيها والاستغناء عنها ميسور . هذا إلى أن ربط النظريتين إحداهما بالأخرى هو ربط بين نظريتين مختلفتان كل الاختلاف في النزعة وفي الأصل التاريخي . وقد رأينا أن إحداهما تسربت إلينا عن الفقهاء الرومانيين في القرون

== المزمة للجانين الالتزام المقابل ، وفي العقود المبينة تسل المقود عليه ، وفي البرعات نية التبرع ، وفي الماوضات المزمة لجانب واحد التزام مدني أو طبيعي كان قائماً بين المتعاقدين قبل التصاعد (م ١٩٥) . أما سبب القصد فهو الباعث الشخصي الذي يدعو المتعاقد إلى إبرامه ، وهو لا يتبرع شقاً من الصائد ، فهو يختلف باختلاف الأحوال في القصد الواحد . بيد أن هذه التفرقة ليست في الواقع إلا إبقاء على التمييز بين دلالة السبب في الفقه التقليدي وبين دلالاته الحديثة كما استخلصها القضاء . ولما كان التصوير التقليدي ضيق الحدود قد روي الإعراض عنه « (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٢٧) — انظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٤٨ .

ومن يقول بإزدواج السبب الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٢٤٠ ص ٢٣٦ ، وهو صريح في هذا المعنى . انظر أيضاً الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ١٧٣ — ص ١٧٤ — الدكتور سليمان مرقس فقرة ١٦٤ — الدكتور عبد الحمى حجازي ١ ص ١٦٠ و ١٦١ و ١٦٢ (ويسمى السبب التقليدي بالسبب الفني والسبب بمعنى الباعث بالسبب المصلحي) — الدكتور أنور سلطان فقرة ١٩٧ و فقرة ٢١٢ — الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٤ و فقرة ٢٣١ و فقرة ٢٣٣ — فقرة ٢٣٥ .

[ويقرر الدكتور حشمت أبو ستيت أن النظرية الحديثة في السبب لا تحمل عمل النظرية التقليدية بل تكلفها . وأن السبب بمعنى الغرض المباشر (وهو المعنى التقليدي) يجب أن يبقى ، لأن الصياغة الفنية تحتم بقاءه باعتباره قسداً على الإرادة حل عمل الشكل ، على أن يكفل بالنظرية الحديثة التي تأخذ السبب بمعنى الباعث الدافع وتشتط في المبروعة . ويستفاد مما يذكره الدكتور أبو ستيت في هذا الصدد أن البحث في السبب يمر بمرحلتين : يؤخذ في أولاً بالمعنى التقليدي ، فإذا تخلف بطل القصد بطلاناً مطلقاً بما ينشأ عن البحث في الدوافع ومشروعيتها . أما إذا وجد السبب بالمعنى التقليدي فإذا انتقل إلى المرحلة الثانية التي يحمل فيها السبب على معنى الباعث الدافع ، فإذا اتضح أنه غير مشروع بطل القصد أيضاً ، أما إذا كان مشروعاً فإن القصد لا يبطل على أساس عيب في السبب وإنما يجوز الطعن فيه على أساس التلطل إذا تحققت شروطه ، ويكون القصد عندئذ قابلاً للابطال (انظر : نظرية الالتزام للدكتور أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ بند ٢٣٣ — ٢٣٩) .

أما الدكتور عبد الحمى حجازي فإنه يفرق بين سبب الالتزام (ويسميه السبب الفني) وسبب القصد (ويسميه السبب المصلحي) — وهو يرد هذه التفرقة إلى العلامة (موري) ، ويرى أن السبب الفني هو الغاية المباشرة من الالتزام ويشترط فيه الوجود ، وأن السبب المصلحي هو الباعث القائم إلى التصاعد ويشترط فيه المبروعة ، أي أنه يأخذ بالنظرية التقليدية في الأول والنظرية الحديثة في الثاني (انظر كتابه : النظرية العامة للالتزام طبعة ١٩٦٢ من بند ١٥٤ ص ٢٣٧) — وانظر رسالة الدكتور وحيد سوار في التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي (رسالة من القاهرة سنة ١٩٦٠) وهو يأخذ برأى الدكتور حجازي وبما أورده من تسيات] .

الوسطى وهي تحمل أثر الصنعة الرومانية ، والأخرى تلقينها عن الفقهاء الكنسيين وقد بنوها على أصول خلقية دينية وبعثوا بها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية . فقيم إذن الربط بين نظريتين متناقضتين كل هذا التناقض ! وما الجدوى في هذا الربط ، والنظرية التقليدية يمكن الاستغناء عنها ، والنظرية الحديثة فيها وحدها كل الفناء !

٢٩١ — القضاء في مصر : والقضاء في مصر كان أكثر تمشياً من الفقه مع النظرية الحديثة ، فأخذ بها في كثير من أحكامه ، وقد اتفقت في ذلك أثر القضاء في فرنسا .

وقضت محكمة الاستئناف الوطنية في دعوى ثبت فيها أن شخصاً أودع عقداً عند رجل يأمنه ، فاتفق ابن اللودع مع الأمين على أن يسلمه العقد المذكور في مقابل أن يكتب له عقداً يبيع سبعة أفدنة — بأن هذا البيع باطل لأن السبب فيه غير مشروع ، وأن الأمين الخائن لا حق له في طلب ملكية العين ولا في الثمن ^(١) . ويلاحظ في هذه القضية أن البيع إذا كان جدياً دفع المشتري فيه ثمناً ، كان عقداً ملزماً للجانبين اعتبر السبب فيه هو الباعث الدافع . أما إذا كان ، كما هو الحال ، هبة في صورة بيع ، كان تبرعاً أبطله القضاء لعدم مشروعية الباعث على اعتبار أن الباعث هو السبب — وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلاً ، أما إذا كان الباعث هو تمويض الخليل عما أصابها من ضرر بسبب هذه المباشرة غير الشرعية بعد أن انقضت فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً ^(٢) — وقضت محكمة الزقازيق الكلية بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث في مرتبة واحدة مع السبب المباشر وذلك في حالة ما إذا كان الماقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، ويعتبر الباعث في هذه

(١) ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ البراءة رقم ٢١٦ من ٢١٠ .

(٢) ١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ من ٦ — المحقق ٢٤ من ٢٣٠ .

الحالة أمراً ملاحظاً في العقد وأنه بدون لا يمكن أن يتم العقد^(١).

على أن النظرية التقليدية في السبب لم تقدم لها مكاناً في القضاء الوطني، وقد تردد صداها في بعض الأحكام. فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه لا محل للبحث في عقد البيع في الأسباب التي يدعيها البائع كباعث على صدور العقد، لأن الباعث من الأمور التي لا يلتفت إليها في صحة العقد، وهو السبب الصحيح أمران مختلفان لا يصح الخلط بينهما^(٢). وقضت محكمة النقض بأن السبب القانوني في عقد القرض هو دفع القرض نقداً إلى المقرض، ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل، فإذا اتفق السبب بهذا المعنى بطل العقد^(٣). ويجوز أن يؤول حكم محكمة استئناف مصر بأن الباعث لم يكن معلوماً من الطرف الآخر فلا يمتد به، وأن يؤول حكم محكمة النقض بأن السبب الذي عتته في حكمها هو السبب المنشئ لعقد القرض.

وقد كان القضاء المختلط أكثر إيماناً من القضاء الوطني في الأخذ بالنظرية الحديثة في السبب. وإذا كانت محكمة الاستئناف المختلطة قضت في حكم قديم لها^(٤) بأن الإيجار أو القرض لا يكون باطلاً حتى لو كان للستاجر أو المقرض قصد إدارة العين للعصارة أو استعمال المبلغ المقرض في إدارة العين للعصارة، وحتى لو كان للوَجَر أو المقرض عالماً بذلك، فقد هجرت بعد ذلك هذه النظرية التقليدية، وأخذت في أحكام كثيرة بالنظرية الحديثة. قضت بأن بيع أسلحة محرم استيرادها إلى مصر يكون باطلاً لعدم مشروعية السبب متى كان البائع عالماً بهذا التحريم^(٥). وقضت بأن اتفاق البائع والمشتري على الثمن الحقيقي للصفتة، مع بقائه مخفياً حتى يذكر اثماً صورياً أقل من الثمن الحقيقي،

(١) ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ الحامدة ١١ رقم ٣٩ ص ٧٢

(٢) ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ الحامدة ١٠ رقم ١٤٧ ص ٢٩٥ .

(٣) ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٧٦ .

(٤) ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٨ .

(٥) ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦ .

فيتمكن المشتري بذلك من تخفيض رسوم التسجيل بطريق الفس ، يكون اتفاقاً باطلا لعدم مشروعية السبب ، ولا يستطيع المشتري التمسك بالثمن الحقيقي في مواجهة الشفع ، كما لا يستطيع البائع التمسك بهذا الثمن في مواجهة المشتري^(١) . وقضت بأن عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقرض منه أن يتمكن من القامرة وكان المقرض عالماً بهذا القصد^(٢) ، لكن إذا ثبت أن المقرض لم يستعمل القرض فعلاً في القامرة فإن الدليل على القصد غير المشروع لا يقوم ويكون عقد القرض صحيحاً^(٣) . وقضت بأن التوكيل المطلق لسمسار لعقد صفقات بقصد المضاربة في البورصة عقد باطل لعدم مشروعية السبب^(٤) ، ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوماً من السمسار وإلا فلا يعتد به^(٥) . وقضت محكمة الاسكندرية التجارية المختلطة بأنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة ما بين الخليل وخليلته كان العقد باطلاً ، أما إذا كان هو التمييز عما أصاب الخليلة من الضرر بسبب

(١) ٢٧ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠ — ولحكمة النقض قضاء في مسألة كهذه ذهبت فيه إلى أن الشفع يعتبر من الغير بالنسبة إلى الثمن الصوري ، فله أن يأخذ به دون الثمن الحقيقي مادامت له مصلحة في ذلك (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) وعندنا أن الشفع لا يعتبر من الغير في عقد البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري المنخفض ، لأن الغير في الصورية هو شخص ثبت له حق على العين محل التصرف الصوري دون أن يكون هذا الحق ناشئاً عن التصرف الصوري ذاته ، والشفيع شخص ثبت له حق على العين المشفوعة نشأ عن البيع الصوري فلا يكون « غيراً » . وإذا أراد الأخذ بالشفعة يجب أن يدفع الثمن الحقيقي ، قل هذا الثمن عما هو مذكور في العقد أو زاد . وسنعرض لهذه المسألة بتفصيل أوّل عند الكلام في الصورية .

أما قضاء محكمة الاستئناف المختلطة الذي أوردناها هنا ، فوجه الاستشهاد به أنه يأخذ بالنظرية الحديثة في السبب . ولكن تأخذ عليه أنه إذا اعتبر الاتفاق على الثمن الحقيقي باطلاً لعدم مشروعية السبب ، وجب أيضاً أن يعتبر الاتفاق على الثمن الصوري غير موجود لصورته ، فيسقط الاتفاق في المآل . ولا يستطيع الشفع أن يتمسك بالثمن الصوري ولا بالثمن الحقيقي ، بل هو لا يستطيع الأخذ بالشفعة إطلاقاً لأن البيع الذي يريد بسببه الأخذ بالشفعة غير موجود لانعدام الثمن .

(٢) ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤ .

(٣) ٢٤ يوفية سنة ١٩٣١ جلوزيت ٢٧ رقم ٢٧٩ ص ٢٤٩ .

(٤) ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣ .

(٥) ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٠ .

للماشرة فالباعث مشروع والمقد صحيح^(١) . ولم يكن القضاء المختلط يعتبر التبرع لولد غير شرعى باطلا ، بل يعتبره وفاة لالتزام طبيعى ، ويعطيه حكم الوصية فيجوز فيما لا يزيد عن الثلث^(٢) .

وإذا كان القضاء المصرى — لاسيما القضاء الوطنى — قد أخذ فى الماضى بالنظرية التقليدية فى بعض أحكامه ، فلم يمد بعد صدور التقنين الجديد محل للأخذ بهذه النظرية . وأصبح من المتعين الآن الأخذ بالنظرية الحديثة التى اعتنقها التقنين الجديد ، على ما تصرح به الأعمال التحضيرية فيما قدمناه .

§ ٢ — الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط فى القانون الجديد

٢٩٢ — إبعاد « السبب غير الصحيح » من دائرة السبب إلى دائرة الغلط : قدمنا عند الكلام فى نظرية الغلط أن التمييز بين السبب غير الصحيح والغلط فى الباعث كان مفهوماً وقت أن كانت النظرية التقليدية فى كل من الغلط والسبب قائمة . فالنظرية التقليدية فى الغلط كانت تميز بين الغلط فى السبب وهو يحمل العقد باطلا ، وبين الغلط فى الباعث وهو لا يؤثر فى صحة العقد ، والنظرية التقليدية فى السبب كانت تميز بين السبب أى الفرض المباشر من الالتزام وهو الذى يعتد به ، وبين الباعث وهو عديم الأثر ، ومن ثم كان مفهوماً أن الغلط فى السبب يحمل العقد باطلا وأن الغلط فى الباعث لا يؤثر فى صحة العقد ، لأن السبب بالمعنى التقليدى ألصق بالعقد من الباعث . فالتلط فيه أمر خطير من شأنه أن يعدم العقد ، أما الباعث فأمر خارجى عن العقد فلا يعتد بالغلط فيه .

ثم تطورت نظرية الغلط ، فاستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة . وأصبح الغلط فى الباعث طبقاً لهذه النظرية الأخيرة يحمل العقد قابلاً للإبطال . فلذا نحن واجهنا هذه

(١) ٨ يونيو سنة ١٩١٦ جازمت ٦ رقم ٥٣٦ م ١٧٦ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ م ١٩٠ .

النظرية الحديثة في النلط بالنظرية التقليدية في السبب ، بقى الفرق قائماً بين النلط في السبب بعينه التقليدى وهو الغرض المباشر من الالتزام وبين النلط في الباعث وهو أمر خارجى عن العقد ، وأمكن تبرير الفرق في الحكم : فالنلط في السبب اللصيق بالعقد يحل العقد باطلاً . أما النلط في الباعث الخارج عن العقد فلا يحل العقد إلا قابلاً للإبطال .

ولسكن لما تطورت نظرية السبب هي الأخرى واستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة وأصبح السبب هو عين الباعث ، لم يعد هناك محل للتمييز بين النلط في السبب بهذا المعنى الجديد وبين النلط في الباعث فكلاهما غلط في الباعث . ووجب إذن أن ندرك أن نظرية النلط قد اتسعت دائرتها كما اتسعت دائرة نظرية السبب ، حتى تدخلت كل دائرة في الأخرى ، فأصبحت هناك منطقة مشتركة بين الدائرتين يتعين أن نستخلصها لإحداها ، وإلا وقصنا في المحذور الذى أشرنا إليه عند الكلام في نظرية النلط . ووقع خلط عجيب ما بين نظريتي السبب والنلط ، إذ تبقى هذه المنطقة المشتركة فيما بينهما يقنازعها كل منهما فإذا سميناها بالسبب غير الصحيح أو السبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالنلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال^(١) .

لذلك كان لا بد من التأمل فيما صارت إليه الأمور بعد تطور نظرية السبب ونظرية النلط واستبدال النظرية الحديثة في كل منهما بالنظرية التقليدية . وقد لفت ذلك نظر بعض الفقهاء ، ولكنهم لم يشيروا في ذلك برأى حاسم^(٢) .

(١) انظر آتياً فقرة ١٧٣ .

(٢) من ذلك ماورد في بلانيول وريبير وبولانجيه (الطبعة الثالثة ١٩٤٩) ٢ فقرة ٢٠٥ وقرة ٣٠٤ وقرة ٨٢٤ (وقد سبقت الإشارة إليها آتياً في حاشية الفقرة ١٧٣ من هذا الكتاب) فمن أن النلط في الباعث هو في الواقع غلط في السبب ، والجزاء في الحالتين هو البطلان النسبي لا البطلان المطلق ، وذلك لأن شرط الصحة في السبب تراد به حماية مصلحة فردية ، فجزاء الإخلال به البطلان النسبي ، أما شرط المشروعية فتراد به حماية مصلحة عامة ، فجزاء الإخلال به البطلان المطلق — أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٦٣ .

ومن ذلك أيضاً ما ذهب إليه الدكتور حلى بهجت بدوى (أصول الالتزامات ص ١٧٩ وص ١٨٦ =

أما التقنين الجديد فقد وقف موقفاً صريحاً من هذه النقطة المشتركة ما بين السبب والغلط ، واعتبر أن السبب غير الصحيح (أو السبب للغلط) هو والغلط في الباعث شيء واحد ، كلاهما غلط في الباعث كما قدمنا ، وكلاهما يحمل المقد قابلاً للإبطال . وبعد أن كانت النقطة المشتركة المشار إليها يتنازعها كل من السبب والغلط على النحو الذي بيناه ، استخلصها التقنين الجديد للغلط ، واختفى من نصوص السبب في التقنين الجديد النص الخاص بالسبب غير الصحيح . وهذا النظر تبرره اعتبارات منطقية واعتبارات تاريخية .

أما الاعتبارات المنطقية فترجع إلى أنه بعد أن اتسعت فكرة السبب فأصبح السبب هو الباعث ، فإن الغلط فيه لم يعد هو الغلط في السبب الضيق اللصيق بالمقد الذي تقول به النظرية التقليدية في السبب ، بل صار هو عين الغلط في الباعث الذي تقول به النظرية الحديثة في الغلط . ووجب أن يعطى الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد ذات الحكم الذي يعطى للغلط في الباعث ، وهو قابلية المقد للإبطال لا بطلانه . فيتزحزح الغلط في السبب عن دائرة السبب إلى دائرة الغلط ، ولا يصبح هناك محل للكلام عن السبب غير الصحيح في نظرية السبب ، فهو لا يزيد على أن يكون غلطاً في الباعث ، ومحل الكلام عنه إنما يكون في نظرية الغلط . أما الغلط في السبب بمعناه التقليدي فقد قدمنا أنه غلط يمنع من تكوين المقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل ، فالكلام فيه هو أيضاً لا يكون في نظرية السبب^(١) .

== (ص ٢٢٢) من أن الغلط صورة من صور السبب غير الصحيح ، فهو يصوغه على أنه قصور الفرض المباشر الذي اتجهت إليه لإرادة المتأقن من إجابة المخالف الرئيسي الذي حفره اتصاله ، ويقول إن هذه الصيغة هي بينها صيغة السبب غير الصحيح ، وهي على هذا الوجه صالحة لتطبيق على جميع أنواع الغلط دون حاجة إلى تقسيم الغلط إلى غلط في الشخص وغلط في الشيء وغلط في غير ذلك ، لأن البقرة ليست بذات الشخص أو بذات الشيء وإنما بالفرض الثاني أي بالمخالف الرئيسي . فإذا ما خلس له أن حاله الغلط والتدليس هما بينهما حالة السبب غير الصحيح ، جعل الجزاء في كل هذه الأحوال البطلان النسبي لا البطلان المطلق . فهو يلحق الغلط بالسبب في ماهيته ، ثم يلحق السبب بالغلط في جزائه . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آخفاً لحية الفقرة ١٧٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمليدي في هذا المعنى ما يأتي : « ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكره السبب غير الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق للواقع ، وهذا =

وأما الاعتبارات التاريخية فترجع إلى تاريخ نظرية السبب ، وكيف استخدم الفقهاء الكنديون هذه الفكرة بعد أن حرروا الإرادة من قيود الشكل على ما قدمنا . وقد رأينا أنهم هم الذين صنموا نظرية السبب ، وجعلوا منها نظرية خصبة منتجة . وقد استخدموها بادية الأمر لحماية مصلحة عامة هي المشروعية . ثم أقحموا بعد ذلك على السبب غرضاً آخر بعيداً عن الغرض الأول ، فاستخدموا نظرية السبب لحماية مصلحة خاصة فردية هي تحرير الإرادة من عيب الفلأط . فن وقع في غلط دفعه إلى التعاقد ، كن تعاقد لسبب غير مشروع ، يستطيع أن يتمك بنظرية السبب . وظهر أن فكرة الفلأط دخيلة على نظرية السبب ، فالأولى تحمى مصلحة خاصة للأفراد ، أما الأخرى فتحمى مصلحة عامة للجماعة . والأولى إرجاع نظرية السبب سيرتها الأولى ، فتمحض لحماية المصلحة العامة . وينقل السبب غير الصحيح إلى دائرة الفلأط ، ولا يبقى في دائرة السبب إلا السبب غير المشروع . وهذا ما فعله التقنين الجديد .

٢٩٣ — لا يوجب للسبب في التقنين الجديد إرادة شرط وأمر هو أن يكون مشروعاً : ومن ثم لا نجد في التقنين الجديد عبارة « السبب الصحيح » التي كنا نقرأها في التقنين القديم ، فقد اختفت وأخلت باختفائها المبدأ للسبب المشروع وحده . وقد رأينا أن المادة ١٣٦ من التقنين الجديد تنص على أنه إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام

== هو أم التدابير . فخلق أن الفلأط في هذا الشأن لا يبدو أن يكون غاصاً في الباعث . وقد كان يخلق التنبيه إلى ما في الإنشاء على التفرقة بين الفلأط والسبب غير الصحيح من تثبت بأهذاب السطحيات والقوارق الصناعية ، بعد أن أصابت فكرة الفلأط من السمة ما جعلها تتجاوز ضافها المادى الضيق ، وتصبح فكرة غسية تتناول الباعث المستحث ، وتنتهى بذلك إلى صورتها السوية في « الفلأط الجوهرى » . ولهذا رؤى لإخراج « السبب غير الصحيح » أو الفلأط في السبب من بين أسباب البطلان المطلق واعتباره سبباً للطلان النسبي ، شأنه في ذلك شأن سائر ضروب الفلأط . ولم يتبقى المشروع من صور السبب غير الصحيح إلا السبب الصورى . ومع ذلك فقد رد حكمه إلى فكرة المشروعية ، وجعل السبب الحقيقي مرجع الحكم فيما يربى القيد من آثار ، فإن كان هذا السبب مشروعاً صح القيد ، وإن كان غير مشروع بطل القيد لعدم مشروعية سببه لا للصورية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٢٥ — من ٢٢٦) .

اليام أو الآداب ، كان المقد بالطلا . وكان التقنين القديم في المادة ١٤٨/٩٤ يتطلب لصحة التمهيدات والمقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً .

فلا يشترط إذن في السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً . ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت ، وإليها وحدها عادت في التقنين الجديد .

والواقع من الأمر أن السبب ، بمعنى الباعث الدافع إلى التصاقد ، يجب استبقاؤه ، على ألا يستخدم إلا لحماية المشروعية في التصاقد . ذلك أنه هو وحده الذي يستطيع أن يقوم بهذه الحماية في صورة السبب المشروع ، ولا يفتى عنه ركن آخر ، لا ركن المحل ولا ركن الرضاء^(١) . ولكن عند هذا الحد يجب أن تقف مهمته ، فلا تجاوز ذلك إلى حماية المقد ضد التلطف في صورة السبب الصحيح ، فإن نظرية التلطف تقف عندئذ عن نظرية السبب ، بل وتفضلها من حيث الجزاء .

وقد فهم القضاء ، في مصر وفي فرنسا ، وهو يلاسن الحياة العملية ، مهمة السبب على هذا الوجه . فتراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع في إبطال المقد . وقل أن نجد تطبيقاً قضائياً لما يدعى بالسبب غير الصحيح إذ هو يختلط في العمل بالتلطف . ويكون للتثبت من ذلك استظهار ما أوردها من أحكام القضاء المصري والفرنسي في السبب لئلاها جميعاً قد عرضت للسبب غير المشروع لا لسبب غير الصحيح^(٢) . وهذا إن دل على شيء فهو يدل

(١) ولا يجوز أن يقال إنه يمكن الاستثناء عن مشروعية السبب ، والاقصا على اشتراط أن يكون المقد غير مخالف لنظام العام أو الآداب كما فعل التقنين الألماني مثلاً . فإن هذا الاشتراط لا يستقيم إلا إذا قيل إن المقصود به أن يكون غرض المقد غير مخالف لنظام العام أو الآداب . وغرض المقد هو سبه ، والتعبير عن الترض بالسبب أدق من تاحية المياغة الفنية .

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانول وريير وولانجيه (الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩) ٢ فقرة ٢٨١ ، وقد جاء في هذه الفقرة ما يأتي : « لم يستخدم القضاء كثيراً فكرتي انعدام السبب والسبب غير الصحيح ، فقد كان فيه لهذا الترض أداة أخرى في إبطال المقد للتلف ، ولكنه على التقيض من ذلك استخدم إلى مدى بعيد فكرة السبب غير المشروع ، فقد أعطته المادة ١١٣٣ وسيلة من وسائل الصنعة الفنية لتقرير جزاء القاعدة التي اشتملت عليها المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي » .

على أن القضاء قد اتجه اتجاهًا عمليًا متتبعًا في نظرية السبب . وقد قام على هذا النحو بمهمته خير قيام . أما الفقه فلا يزال مطلوبًا منه أن يقوم بمهمته هو الآخر ، فيعين القضاء على شق طريقه ، وبصوغ له نظرية جديدة . في السبب تمشي مع مقتضيات العمل . . . وقد سبق للفقهاء الجدد الفقه إلى ذلك . فخطا بنظرية السبب خطوة جديدة حاسمة في تاريخ تطوره الحديث . فأتسع أفق السبب بمد هذا الضيق الذي كان ملحوظًا في النظرية التقليدية ، وخلص من الشوائب التي كانت تعتريه من جراء اختلاطه بنظرية غريبة عنه هي نظرية الخلط .

٢٩٤ - مأخوذه على التقنين الجبرم : على أن هناك مأخذين على التقنين الجديد ، تجمعاً في العبارة التي صدرت بها المادة ١٣٦ . قد جاء في صدر هذه المادة : « إذا لم يكن للالتزام سبب » . فالسبب قد نسب إلى الالتزام ، وكان الأولى أن ينسب إلى النقد إذ هو متلائم مع الإرادة كما رأينا . ثم افترض النص احتمال أن يكون هناك التزام دون سبب ، وهذا احتمال لا يتصور ، فما دمنا نجعل السبب هو الباعث ، فكل إرادة لا بد أن يكون لها باعث إلا إذا صدرت من غير ذى تمييز^(١) .

والعبارة التي نتقدها أليق بالنظرية التقليدية . ففي هذه النظرية ينسب السبب إلى الالتزام ويتصور أن يكون غير موجود . ولكن لا يجوز أن يفهم من ذلك أن القانون الجديد قد استبقى النظرية التقليدية ، فإن الأعمال التحضيرية صريحة في أنه قد نبذها واعتنق النظرية الحديثة^(٢) .

(١) وكان من الخير أن تصاغ المادة ١٣٦ على الوجه الآتي : « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع ، كان النقد باطلاً » . وهذه هي الصياغة التي أخذ بها التقنين المدني المصري (م ١٣٦) . فكان أدق من التقنين المدني المصري (انظر آتياً فقرة ٢٨٩ من ٥١٤ هامش ١) .

(٢) ثار الدكتور أبو عافية في التصرف المجرّد فقرة ٥٤ من ١٩٩ هامش رقم ٥ . [وثانٍ أيضاً : الدكتور حشمت أبو سفيّة بند ٢٣٨ وما بعده . والدكتور عبد الحى حجازى بند ١٧٤ . والدكتور وحيد سوارى من ٢٧٥ بالهامش (فيما يتعلق بالتقنين السورى) . وجهتهم الأساسية أن عبارة « إذا لم يكن للالتزام سبب » الواردة في المادة (١٣٦) تدل على أن المقصود هو السبب بالمعنى =

§ ٣ — إثبات النيب *

٢٩٥ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٧ من القانون الجديد على ما يأتي :

« ١ — كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقر الدليل على غير ذلك » .

« ٢ — ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » ^(١) .

==
التقليد . وم يفلون في ذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية ، على أساس أنها ليست جزءاً من القانون ، سم أن هذه العبارة لا تدل إلا على تأثر المشرع في صياغة النص بالنظرية التقليدية رغم ما قرره صراحة في المذكرة الإيضاحية من اعتناقه للنظرية الحديثة — وهو ما لا ينبغي إغفاله — خاصة في مسألة هامة كهذه — لارتباط النص فيها بالمذكرة التي وضعت معه وتضمنت بياناً واضحاً لقصد المشرع واتجاهاته التي ينبغي أن تحضر عباراته على ضوءها] .

* [انظر في إثبات السبب : بيدان ج ٨ ص ١٤٨ بند ٢١١ ودی باج ج ٢ بند ٤٨٩ ص ٤٦٣ وما بعدها والدكتور أبوسيت بند ٢٤١ . والدكتور عبد الحی حجازی بند ١٨١ — ١٨٢ في إثبات السبب القوي و ٢٠٤ — ٢٠٦ في إثبات السبب غير المعروف] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١ — يفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ، ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ، ما لم يقر الدليل على غير ذلك . ٢ — ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . ٣ — فإذا قام الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » . وقد اقترح في لجنة المراجعة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة في فقرة واحدة وحذف عبارة « أو على عدم مشروعيته » من الفقرة الثالثة لأنها تنص على حالة من حالات صورية السبب ، واقترح أحد الأعضاء إدخال تعديل لفظي على الفقرة الأولى ، فوافقت اللجنة على هذه الاقتراحات ، وأصبح نص المادة النهائي (م ١٤١) مطابقاً للنص الوارد في القتين الجديد . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون الذي يجلس الشيوخ اقترح حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهي : « فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » ، لأن هذه العبارة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات ، ولكن اللجنة انتهت آخر الأمر إلى إقرار بنائها ، وأصبح رقم المادة ١٣٧ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٢٩ — ص ٢٣٢) .

وهذا النص لا مقابل له في التقنين القديم ، ولكنه يقرر أحكاماً غير مستحدثة .
قد كان القضاء المصري يطبقها من قبل . ولم يفعل التقنين الجديد إلا أن قننها لما لها من
أهمية عملية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى :

« أما فيما يتعلق بإثبات السبب فتمتة قاعدتان أساسيتان : (أولاً) افتراض توافر
السبب المشروع في الالتزام ولو أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك
ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذى يطعن
في العقد . (والثانية) افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين
الدليل على صوريته . فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على
سبب حقيقى تلتحق به صفة للمشروعية » ^(١) .

ويتبين مما تقدم أن هناك فرضين : (الأول) أن يكون السبب غير مذكور في العقد
(والثانى) أن يكون هناك سبب ذكر في العقد ^(٢) . ونستعرض كلا من الفرضين .

٢٩٦ — السبب غير مذكور في العقد : وهذا هو الفرض الوارد في الفقرة الأولى
من المادة ١٣٧ . وقد كان المنطق القانونى يقضى بأن الدائن ، وهو المكلف بإثبات الدين ،
هو الذى يثبت السبب لأن الدين لا يقوم بدونهُ . ولكن التقنين الجديد وضع قرينة

١٣٧ م — ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٨ (مطابق) — اللي م ١٣٧
(مطابق) — العراق م ١٣٧/٢ و ٣ (موافق) — اللبناني م ١٩٩ (موافق) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ .

(٢) سواء ذكر في السند المكتوب الذى يثبت العقد أو ذكر عند التعاقد ذاته . وغنى عن البيان
أن السبب الذى يذكر في العقد هو الباعث المانع إلى التعاقد ، وإن كان الباعث قل أن يذكر في العقد .
وبيعنى أن نص المادة ١٣٧ من التقنين الجديد أكثر مساهمة للسبب بمعناه في النظرية التقليدية ، لاسيما
عندما نتحدث المذكرة الإيضاحية عن عبء إثبات عدم وجود السبب . ولكن لا شيء يمنع من أن يذكر
السبب - بمعنى الباعث في العقد ، وعندئذ يعتبر هذا السبب المذكور هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على
صورية السبب أو على عدم مشروعيته .

قانونية يفترض بمقتضاها أن للمقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب . على أن القرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى اللدين أن للمقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو إثباته . وله الإثبات بجميع الطرق ، بما في ذلك البينة والقرائن^(١) . وقد كان الفقه^(٢) والقضاء^(٣) في مصر يأخذان بهذه الأحكام دون نصر ، فجاء التقنين الجديد مؤيداً لها كما قدمنا .

ويلاحظ أنه إذا ادعى اللدين أن للمقد سبباً غير مشروع وأثبت ذلك ، فله أيضاً أن يثبت علم الدائن بهذا السبب . وله إثبات هذا العلم بجميع الطرق لأنه واقعة مادية .

(١) قضى مدنى في ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٥١ من ٢٨٤ — وفي ١١ يناير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٨٢ من ٥١٧ — استئناف وطنى في ١٨ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٢ من ١٦١ — محكمة استئناف مصر في ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحللة ٢٦ رقم ٤٩ من ١٠٥ .

وهناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد : الأول إذا أثبت اللدين أن له سبباً غير مشروع يكون بلاطلا كما رأينا ، أما الثانى فلا يطل ولكن يدفع بدعوى الإثراء بلا سبب فينقض منه المدعى إذا كان لم يوفه أو يسترده إذا كان قد وفاه . وقد تقدم ذكر ذلك في التصرف المجرد .

(٢) دى هلنس ٣ من ١١٧قرة ١٤ — هالتون ١ من ٢٤١ — والتون ١ من ١٠٢ — ضد السلام ذهنى ققرة ١٧٣ — نظرية العقد للمؤلف ققرة ٥٤٩ — حلى بهجت بدوى ققرة ١٠٦ — حشمت أبو سقيت طبعة ١٩٤٥ ققرة ٧٤٤ .

(٣) استئناف مختلط في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ من ١٩٠ — وفي ٢ فبراير ١٩١١ م ٢٣ من ١٥١ — وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٣٢٤ — وفي ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ٣٩٠ — وفي أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ١١٦ — وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ١٨٣ . [هذا وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد عدم ذكر السبب لا يطل السند إذ أن التزام اللدين قرينة قانونية على توافر السبب المتعبر عنه وللمدين حق هذه القرينة بإثباته الدليل العكسى كما هو شأنه إذا ادعى أن السبب للدين في سند الالتزام أريد التستر به على سبب غير مشروع إذ حرر لقاء امتناع الدائن عن مزاحته في مزاد (راجع قضى مدنى ٤/٦/١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض السنة الأولى رقم ١٠٢ من ٤٠٤) .

كما قضت في حكم آخر (قضى مدنى ٤/٨/١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٢ من ٧٥٧) بأن مجرد توقيع مصدر السند عليه يفيد التزامه بدفع قيمته ولو لم يذكر فيه سبب اللديونية . ذلك بأن كل التزام لم يذكر له سبب في السند يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يتم الدليل على غير ذلك . وقع عبء الإثبات على من يدعى انعدام السبب [.

ويستوى في ذلك ألا يكون السبب مذكوراً في العقد أو أن يكون قد ذكر سبب صوري وثبت أن السبب الحقيقي غير مشروع كما سيأتى .

٢٩٧ — السبب منكره في العقد : وهذا هو الفرض الوارد في النقرة الثانية من المادة ١٣٧ . وقد وضع النص هنا أيضاً قرينة قانونية على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي الذى رضى الدين أن يلتزم من أصله . والقرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى الدين أن السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي ، بل هو سبب صوري يستر سبباً غير مشروع ، فله أن يتخذ أحد موقفين : (١) إما أن يقتصر على إثبات الصورية ، وفى هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقي ومشروعيته إلى الدائن^(١) . (٢) وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقي للعقد غير مشروع .

فإذا أراد أن يثبت صورية السبب . وكانت قيمة التزامه تزيد على عشرة جنيهات ، وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها^(٢) . ويكون الأمر كذلك أيضاً حتى

(١) ومن ذلك نرى أن السبب إذا لم يذكر في العقد فهو مفروض ، وعلى الدين إثبات العكس . أما إذا ذكر وأثبت الدين صورته فإن عبء إثبات السبب الحقيقي ينتقل إلى الدائن (قضى مدنى في ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ — وفى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٦٥ ص ٤٦٩) [وبفس المنى قضى مدنى ١٩٥٣/٤/٢ بمجموعة أحكام القضاة رقم ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٧] .
واظنر فى أحكام النفاذ المصرى فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٥٧٩ هامش رقم ٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد فى سند الدين وذكر سبباً آخر مشروعاً على أنه السبب الحقيقى ، كان إقراره هنا غير قابل للتجزئة ، وكان الالتزام قائماً وصحيحاً ما لم يثبت الدين أن هذا السبب الأخير غير صحيح (١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠ — وفى هذا المنى استئناف مخطوط فى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩) . [واظنر أيضاً قضى ١٩٦٠/١/٧ بمجموعة أحكام القضاة المدنية السنة (١١) رقم ٣ ص ٣٤] .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد الفرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المنسك به ، فإنما كانت سندات الدين مذكوراً فيها أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم اضح من الرسائل الصادرة من مدعية الدين إلى مدنها فى مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبمدها أنها كانت تستجيب للدين وتشكره لإحسانه وتبرعه لها ، فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلاً كتابياً كافياً فى وجود فرض حقيقى (١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ — ويلاحظ أن السبب هنا مفهوم بالمعنى المعروف فى النظرية التقليدية ، ويضى عنه ركن التراضى على عقد الفرض ، فيكون عقد الفرض ذاته =

لم ترد قيمة الالتزام على عشرة جنهات إذا كان السبب الصوري مكتوباً ، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة^(١) .

وإذا أراد المدين أن يثبت رأساً عدم مشروعية السبب ، فله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها اليقينة والقرائن ، حتى لو كان السبب الصوري مكتوباً ، ومهما بلغت قيمة الالتزام ، لأن إخفاء عدم للشروع غش ، والغش يجوز إثباته بجميع الطرق^(٢) .

== في هذه القضية هو المقد الصوري ، ولا محل للكلام في صورة السبب ، إلا إذا اتخذت طبيعة العقد قرينة على سببه ، وهنا ما يقع غالباً) .

(١) [وقد قضت محكمة القضا بأنه متى كانت محكمة الموضوع إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتنازعين إثبات صورةية المقد الثابت بالكتابة إلا بالكتابة قد استغلضت في حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة الساتفة التي أوردها انتفاء اللامع الأدبي ، فإن التي قررتها هو صحيح في القانون (راجع قضا مدني في ١٢/٢٤/١٩٥٢ مع سنة ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤)] .

(٢) استئناف مصر الوطنية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٣٤ — وفي ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ — وفي ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٤ ص ٦٩ — استئناف مخطوط في ٧ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٩ — وفي ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ — وفي ٣١ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٣ — وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ — هنا وإذا تبين أن سبب السند هو الربا الفاحش فللمدين إثبات ذلك بجميع الطرق لأن السبب غير مشروع (استئناف مصر الوطنية في ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ — استئناف مخطوط في ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ — وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٤٨) . على أن مجرد الادعاء بوجود الربا الفاحش لا يكفي لتخفيض في إتيانه ، إذ أنه لا يجوز قبول الإثبات باليقينة على ما يخالف المكتوب ما لم تدل الوقائع الناتجة في الدعوى على أن هناك قرائن قوية على وجود الربا الفاحش (استئناف وطني في ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٩ — وفي ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ — استئناف مخطوط في ٣ ديسمبر ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣١٠ ص ٢٦٣ — وفي ٤ مارس سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣) . فإذا ثبت أن هناك فوائد ربوية ، ضل الفائن أن يثبت كم كان المقدر القترض ، فإنما لم يثبت ذلك فإن المحكمة تقبل اعتراف المدين (استئناف مخطوط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣ وهو الحكم التي سبقت الإشارة إليه) .

الفرع الرابع

الجزء : نظرية البطلان^(١)

٢٩٨ — نظرية البطلان في التقنين القديم وفي التقنين الجديد : بطلان المقد هو الجزء القانوني على عدم استجاء المقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها ، على النحو الذي يبينه فيما تقدم . ولذلك كان منطقياً أن تكلم في بطلان المقد على أثر الفراغ من الكلام في أركانه .

ولم يكن التقنين القديم يفرد مكاناً لنظرية البطلان ، بل كنا نجد القواعد العامة في

(*) بنى المراجع : فينوار ص ٦٤٦ وما بعدها — بنكاز (ملحق بودرى) ص ٣ وما بعدها — بلانول وريير وإسمان ١ فترة ٢٨٠ وما بعدها — ليرج : أعمال المجتازة جزء ٢ ص ٣ وما بعدها — هيار في بطلان الشركات والشركات الواقية — دروجول (Drogoul) رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ — لوييه (Loyer) رسالة من رن سنة ١٩٠٨ — جايو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ — بيد ليفر (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ — جيار (Guyard) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — كافاليوتي (Cavaliotti) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — هلسنار (Hilsenard) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — لوتزسكو (Lutsesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — برتران (Bertrand) رسالة من ليل سنة ١٩٣٩ — السندور (Alcindor) في بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — دي سوتو (De Sotto) في بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ — نظرية العقد للمؤلف فترة ٥٦٥ وما بعدها — الدكتور على بهجت بدوى فترة ١٤٥ وما بعدها ومقالاته في آثار التصرفات الباطلة في مجلة القانون والاقتصاد ص ٣٧٩ وما بعدها و ٤ ص ٣١٧ وما بعدها — الدكتور حشمت أبو ستيت فترة ٢٤٦ وما بعدها .

[أنصف إلى ما تقدم : بيان ج ٨ ص ١٨٧ وما بعدها بند ٢٦١ وما بعده — دي باج ج ١ بند ٩٥ وما بعده ، ج ٢ بند ٧٧٥ وما بعده — وجيز القانون المدني للأستاذين مارتى وريجو ج ١ بند ١٥٨ وما بعده ، ج ٢ (المجلد الأول) بند ١٩٦ وما بعده — بونشار في موسوعة دالوز الحديثة (القانون المدني) ج ٣ تحت كلمة « بطلان » — أوي : في انضمام القرارات الإدارية رسالة من باريس ١٩٥١ — كازير : أحوال البطلان المتصلة بالنظام العام — المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣٣ ص ١١١٥ وما بعدها — وفي الفتحة المصرية : جيل الشرفاوى : بطلان التصرف القانوني — رسالة من القاهرة ١٩٥٢ (مطبوعات جامعة القاهرة ١٩٥٦) — الدكتور سليمان مرقس فترة ٢٢٨ ص ٢٩٦ وما بعدها — الدكتور أنور سلطان فترة ٢٢٧ ص ٢٧٩ وما بعدها (طبعة ١٩٦٢) — الدكتور عبد المنعم فرج الصفد فترة ٢٣٨ ص ٢٧٥ وما بعدها] .

البطلان تحتويها نصوص متتارة في أمكنة متفرقة متباعدة ، كما هو شأن التفتين المدنى الفرنسى . أما التفتين الجديد فقد عنى بأن يفرد لنظرية البطلان مكاناً خاصاً ، جمع فيه النصوص الرئيسية التى ترسم القواعد العامة فى بطلان العقد (م ١٣٨ — ١٤٤) . ونحن نبسط نظرية البطلان فى هدى هذه النصوص ^(١) .

٢٩٩ — ضرورة تميز البطوره عما يقاربه من النظم : ويحسن منذ البداية أن تميز البطلان (nullité) عما يقاربه من النظم . تميز بينه وبين عدم السرطان أو عدم النفاذ (inopposabilité) ، وبينه وبين النسخ (résolution) .

البطلان هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين ، وبالنسبة إلى الغير تبعاً لذلك . وقد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسرى أو لا ينفذ فى حق الغير ^(٢) . فالمقد الحقيقى فى الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين ، غير نافذ فى حق

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى النظر العامة للبطلان ما يأتى : « اتفق الفروع ما تستهدف له التقنيات اللاتينية من مأخذ حتى تجميع بين أحكام البطلان وأسباب انقضاء الالتزامات فى صيد واحد . وقد نهج فى هذا الشأن نهج التفتين البرازيل . وجعل البطلان نظرية جامعة ، فهياً بذلك مكاناً مناسباً لطائفة من الأحكام تاترت واقترط عقدها ، مع ما بينها من سبب جامع . كالخصوص الخاصة بالزام ناقص الأهلية برد ما نسله عند إبطال العقد . وقد استمسك المشروع بقاليد المذهب اللاتينى فيما استحدثت فى هذا الشأن بوجه عام . على أن المذهب الجرمانى لم يعدم أثره فى هذه الناحية . فقد اقتبس المشروع أحكاماً هامة من التفتين الألمانى والسويسرى . فمن ذلك ... نظرية انقاس العقود ونظرية تحويل العقود أو إعلالها . وتطبيق الأولى عند ورود البطلان المطلق أو النسبى على شق من العقد ، وتطبيق الثانية إذا توافرت للعقد الباطل أو القابل للبطلان شروط انقضاء عقد آخر (انظر للمادتين ١٣٩ ، ١٤٠ من التفتين الألمانى) . ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد عنى على تقادم دعوى البطلان بانقضاء ثلاث سنوات ، مستطهماً فى ذلك تفتين الالتزامات السويسرى (انظر المادة ٢٢٩) وهى تجعل المدة سنة واحدة) ، هذا فضلاً عن التقادم الطويل المقرر بمقتضى القواعد العامة . ويراعى أن مبدأ سرطان التقادم التصير فى هذه الحالة يختلف عن مبدأ سرطان التقادم الطويل ، ولذلك يكون لهذا التقادم الطويل أثره إذا اكتملت مدته قبل انقضاء أجل السنوات الثلاث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٣٣ — ٢٣٤) .

(٢) [انظر فى التميز بين البطلان وعدم النفاذ : رسالة باسقيان (نظرية عامة فى عدم تقاذ العقود) — باريس ١٩٢٩ — وجعل الشرفاوى بند ٥١ من ١٤١ وما بعدها — حيث أورد تحليل لرسالة باسقيان — ويونسارى انكولوينى دالوز تحت كلمة « بطلان » بند ٦ ، ٧ — وحى باج ج ١ بند ١٠٠ ج ٢ بند ٧٨٨] .

النير . والمقد غير للسجل صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يحتاج به على النير . والمقد الذى أبرمه للدين للمسر إضراراً بحق دائته صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى فى حق الدائن إذا طعن فيه باللعوى البوليصة . والبيع فى مرض الموت صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى فى حق الورثة فيما يماورث ثلث التركة . بل قد يكون المقد قابلاً للإبطال فيما بين المتعاقدين وهو فى الوقت ذاته لا يسرى فى حق النير . فبيع ملك النير قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري ، ثم هو لا يسرى فى حق المالك الحقيقى ، وقد يميز للمشتري العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السريان . والبطلان إذا كان قابلاً للزوال يزول بالأجازة (confirmation) على ما سئرى . أما عدم السريان فيزول بإقرار النير للعقد (ratification) . ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة أن « النير » ليس له مدلول واحد فيختلف مدلوله فى مثل عنه فى التل الآخر ^(١) .

والفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب فى ركن من أركان العقد ، أما فى الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها ، فينشأ العقد صحيحاً ، ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقد الآخر ، ولذلك لا يكون الفسخ إلا فى العقد الملزم للجابين ^(٢) .

٣٠٠ — أنواع البطلان : لما كان البطلان بعدم المقد ، فإن للنطق بقضى بأن يكون البطلان درجة واحدة لا تقبل التدرج ، إذ المدم لا تفاوت فيه ولكن نظرية

(١) ومحسن تميز سريان المقد أو فاقه فى حق النير عن امتداد أثره إلى النير . فالمقد يمتد أثره إلى الخلف المحاس بشروط معينة ، ومعنى ذلك أن الخلف المحاس يعتبر طرفاً فى العقد فيمتد إليه أثره . أما سريان المقد فى حق النير ، ففناه أن النير لا يعتبر طرفاً فى العقد بل يبق أجنبياً عنه ، ومع ذلك يتأثر به ويصين عليه احترامه . وكل من السريان وامتداد الأثر غير الاحتجاج ، فتخرج الورقة العرفية يمتج به على النير إذا كان تاريخاً ثابتاً ، والمراد به هنا أن هذا التاريخ لا يؤخذ به فحسب فى حق طرق الورقة العرفية ، بل يؤخذ به أيضاً فى حق النير (انظر منصور مصطفى منصور فى البيع والإيجار بقرة ١٦٦ ص ٤٠٠ هامش ١) .

(٢) [انظر فى التميز بين البطلان والفسخ ، جميل الصرغوى بند ٥٩ ص ١٦٨] .

البطلان ، مع هذه البساطة المنطقية ، قد تمقتد لاعتبارات تاريخية ، ولا اعتبارات ترجع إلى النصوص التشريعية ، ثم لمحاولة الفقهاء أن يقسموا البطلان تبعاً لملك إلى مراتب متدرجة . ومن ثم قالت النظرية التقليدية بتقسيم ثلاثى للبطلان . وقد هوجت من ناحيتين مختلفتين : فكثرة الفقهاء يكتفون بتقسيم ثنائى ، وبعضهم لا يكتفئ بالتقسيم الثلاثى ويذهب إلى تنوع البطلان مراتب متعددة ^(١) .

فالنظرية التقليدية تقسم البطلان كما قدمنا إلى مراتب ثلاث : الانعدام (inexistence) والبطلان المطلق (nullité absolue) والبطلان النسبى (nullité relative) . وأساس التقسيم هو وجود أركان للمقد لا بد من قيامها حتى يتكون . ولهذا الأركان شروط لا بد من توافرها حتى لا تختل . وركن من هذه الأركان — وهو الرضاء — لا بد أن يصدر من ذى أهلية كاملة وألا يكون مشوباً بسبب حتى يكون صحيحاً . وأركان المقد الرضاء والمحل والسبب ، وكذلك الشكل فى العقود الشكلية ، فإذا انعدم ركن منها كان المقد منعدماً . وشروط المحل أن يكون ممكنكاً معينكاً مشروعكاً ، وشروط السبب أن يكون مشروعكاً ، فإذا احتل شرط من هذه الشروط كان المقد باطلاً باطلاً مطلقكاً . وإذا صدر الرضاء من ناقص الأهلية أو شاب عيب كغلط أو تدليس أو إكراه ، كان المقد باطلاً باطلاً نسبكاً .

وكثرة الفقهاء تنسئ على النظرية التقليدية تمييزها بين المقد المنعدم والمقد الباطل باطلاً مطلقكاً ^(٢) ، إذ التمييز يصطدم مع المطلق وليس بذى فائدة . أما أنه يصطدم مع المطلق فلأن المقد الباطل باطلاً مطلقكاً ليس له وجود قانونى ، فهو يستوى فى الانعدام مع المقد المنعدم ، ولا يمكن أن يقال إن المقد المنعدم أشد انعدامكاً من المقد الباطل باطلاً مطلقكاً إذ لا تفاوت فى العلم كما قدمنا . وأما أن التمييز غير ذى فائدة فلأن أحكام المقد

(١) [انظر فى هذا الموضوع : جيل الشرفوى ص ٣٣٠ بند ١١٦ وما بعده] .

(٢) [يبدان ج ٨ بند ٢٦٣ — وانظر جيل الشرفوى ص ١١٩ من ٣٣٧ بند ١٢٢ و١٢٣ ص ٣٤٤ وما بعدها — حيث أورد خلاصة لانتقادات (دروجول) للنظرية التقليدية] .

البطل بطلاً مطلقاً هي عين أحكام العقد المندم : كلا العقدين لا ينتج أثر ، ولا تلحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم . والواقع أن التمييز بين الاندما والبطلان المطلق خلقه للفقهاء الفرنسي في مناسبة عقد الزواج ، إذ قرر هذا الفقه ألا بطلان في هذا العقد دون نص صيانة له من التعزيع . فقامت حالات بطلان لا شك فيها ، ولكن لم يرد في شأنها نص ، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد ، وكما إذا تولى العقد من ليست له الصفة الرسمية في توليه . فخلقت نظرية الاندما حتى تغطي هذه الحالات ^(١) . وكان الأولى عدم التقيد باقاعدة الضيقة التي تقضي بأن البطلان لا يكون بغير نص في عقد الزواج ، أو في القليل قصر هذه القاعدة على الزواج فإن طبيعته تتأثر طبيعة العقود في دائرة المعاملات المالية .

وهناك من الفقهاء من يذهب — على التقيض مما تقدم — إلى عدم الاختصار على مراتب البطلان الثلاث التي تقول بها النظرية التقليدية . فإن هذا التقسيم الثلاثي في نظم تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات . وأصحاب هذا الرأي يقولون إن القانون عين شروطاً للعقد حتى ينتج آثاراً معينة ، وكل شرط من هذه الشروط يتطلب القانون للوفاء بفرض معين ، فإذا اختل شرط كان العقد باطلاً في الناحية التي تتلام مع هذا الشرط ، فتدمد وجوه البطلان وتنوع مراتبه تبعاً للأغراض التي توخاها القانون ^(٢) . ومهما قيل في مرونة هذا الرأي وفي أنه يفسر استمضاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية ، كما في إجازة الواهب أو ورثته لجهة لم يتوافر فيها شرط الشكل (م ٤٨٩ جديد) ، وكما في شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار الثالث وهو أجنبي (م ٤٦٧ جديد) ،

(١) [أنظر في سبب ظهور نظرية الاندما : جيل الصرافوي بند ١١٨ من ٣٣٥ — وفي التوسم فيها وقفه : قس المرجع من ٣٣٦ وما بعدها] .

(٢) أنظر دروجول (Drogoz) في رسالته في النظرية العامة في البطلان من ٢٠٦ وما بعدها — جايو (Jaiot) في رسالته في بطلان العقود من ١٥١ و ١٥٤ .

[وأنظر تلخيصاً لآراء (جايو) في رسالته الدكتور جيل الصرافوي من ٣٤٩ بند ١٢٣ — ١٢٤ . وأنظر جوديه في الالتزامات من ١٤٠ وما بعدها] .

وكافي بطلان عقد الشركة الذي لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا للبطلان على الغير (م ٥٠٧ جديد) ، إلا أن هذه الحالات الخاصة لما ما يفسرها تفسيراً حلائماً ، وهي لا تنسوخ نقض القواعد الناجية المستقرة في البطلان لتعمل محلها قواعد ليس لها من الثبات والاستقرار ما يبرر الاعطشان إليها^(١) .

فالوقوف عند التقسيم الثلاثي خير من تشتت قواعد البطلان في غير ثبات ولا استقرار . وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً (ويدخل فيه العقد النعدم) وعقد باطل بطلاناً نسبياً^(٢) ، لما قلناه من عيب التمييز ما بين العقد النعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . بل خير من التقسيم الثنائي الرجوع إلى النطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق . ذلك لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر ، كما سنرى ، على مرحلتين : (المرحلة الأولى) قبل أن يتمين مصيره بالإجازة أو بالإبطال ، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً . (والمرحلة الثانية) (يبقى فيها العقد أحد مصيرين ،

(١) انظر في هذا المعنى بلانيول وريير ويولانييه فقرة ٨١٩ — فقرة ٨٢٠ . [ونظرية العقد للمؤلف بند ٥٧٥ ص ٦٠٨] .

(٢) [انظر : جيل الشرفاوى بند ١٢٠ ص ٣٤٠ — ٣٤١ — وانظر في بيان مزاي هذا التقسيم : بيدان ج ٨ فقرة ٢٦٢ ص ١٨٩ غير أن أساس هذا التقسيم الثنائي لا يزال موضعاً للخلاف فالفقه التقليدي يرى أن البطلان يكون مطلقاً إذا تخلف ركن من أركان العقد ، ونسبياً إذا لم تتوفر لركن الرضا أسباب الصحة وهي اكتمال الأهلية وخلو أرضها من العيوب ، غير أن فريقاً من الفقهاء يذهب في هذا المقام إلى الأخذ بميل الغاية من القاعدة القانونية ، فيكون البطلان نسبياً عند مخالفة قاعدة يقصد منها إلى حماية مصلحة خاصة لأحد المتعاقدين ، ويكون مطلقاً إذا كان المقصود هو حماية مصلحة عامة أو حماية النظام العام . وهذا الرأي يمثل الاتجاه الحديث في الفقه الفرنسي والبلجيكي (انظر حى باج ج ١ بند ٩٧ و ٩٨ مكرر — ج ٢ بند ٧٨٠ ص ٧٠٠ — ٧٠٤ ويند ٧٨٩ — ومارتى وريزو ج ١ بند ١٥٨ وما بعده — ج ٢ (المجلد الأول) بند ١٩٦ وما بعده — وانظر أيضاً بلانيول وريير ويولانييه ج ٢ بند ٨٢٠ — ٨٢٢) وظاهر أن هذا الرأي يصدر عن نفس الأسس التي كانت عليها نظرية تنوع البطلان وإن كان يختلف عنها في اكتفائه بتقسيم البطلان إلى قسمين (مطلق ونسبي) — ولذلك يؤخذ عليه ما أخذ على تلك النظرية من أنه يثير أساس البطلان (وهو اختلال ركن في العقد أو شرط من شروط صحته) ويستبدل به أساساً غير منضبط وهو فكرة الصلحة المقصودة بالحماية] .

فهلما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً مفشئاً لجميع آثاره ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح ، وإما أن يقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انسداداً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً^(١) . فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً ، كما نرى ، لا يبدو في مآله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم ، أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه . فهو إما عقد صحيح على الدوام ، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية . والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق ، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين للتقدم ذكرهما ، فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق . ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان ، يندمج فيها البطلان النسبي ، كما اندمج فيه الانعدام^(٢) .

٣٠١ — تأصيل البطلان : على أن إرجاع أنواع البطلان كلها إلى البطلان المطلق إذا كان يرضى للنطق القانوني ، فهو لا ييسر الصياغة الفنية لنظرية البطلان وما تواجهه من حالات متفارقة تقتضي شيئاً من التنوع . والأولى من ناحية الصياغة المحضة الرجوع

(١) [قارن : جيل الصرغاي بند ١٣٠ و ١٣١ و ماش (١) في صفحة ٣٧٠] .

(٢) وقد ورد في « نظرية العقد » للزولف (س ٦١٨ ماش ١) في هذا الصدد ما يأتي : « لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر : الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق ، بل لا توجد إلا حالتان : الصحة والبطلان المطلق . والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد يمر على هاتين المرحلتين واحدة بعد الأخرى ، فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة ، وتميز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمر إلا على حالة البطلان . ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً على هذا النحو ، فالعقد النسبي نفسه ليس حالة فاعلة ينفصلها بين الصحة والبطلان المطلق » .

[واظفر في الدفاع عن وحدة البطلان : جيل الصرغاي بند ١٣٤ س ٣٧٣ (وإضافة الرسالة) — وهو يرى أن لتقرير البطلان صورتين تختص كل منهما بطائفة من أحوال البطلان غير أن ذلك لا يمس جوهر البطلان ولا يتم من طبيعته ومي كونه وصفاً يلحق بالتصرف نتيجة وجود عيب فيه مقارن لنتائجه فيحصله غير قادر على إنتاج أثر قانوني — كما أن نتائج البطلان واحدة وإن تغيرت الصورة التي يقرر بها] .

إلى التخصيم الثنائي ، فيكون العقد باطلا بطلاناً مطلقاً أو باطلا بطلاناً نسبياً ، أو كما يقول التفتين الجديد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للابطال . وقف عند هذا التخصيم ، على أن تتولى تأصيله .

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية . ففي الحالة الأولى يكون العقد الشكلي الذي لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلاً^(١) ، ولكن بالتقدير الذي يتطلبه القانون من الشكل . وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، والقانون هو الذي يمين له الجزء الكافي في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب بطلاناً لا تلحقه الإجازة . وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلاً (م ٤٨٩ جديد) وكما في الشركة التي لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ جديد) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتاج به في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية . فالشكل ، كما قدمنا ، من خلق القانون ، صنعه على عينه ، ويقدمه على القالب الذي يختاره^(٢) . ونحن في هذه الدائرة وحدها — دائرة البطلان — لمدم استيفاء الشكل المطلوب — نتمشى مع القائلين بتنوع مراتب البطلان .

أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية ، فهذا يجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد . وقبل ذلك قول إن البطلان قد يرجع إلى نص في القانون لحكمة يتوخاها المشرع ، كما في بطلان بيع ملك الغير (م ٤٦٦ جديد) وفي بطلان تصرف السفينة الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م ١١٥ جديد) . وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص

(١) [يلاحظى باج (ج ٢ بند ٧٧٦) أنه يجب التفرقة ما بين بطلان العقد (بمعنى التصرف القانوني) وبطلان العقد (بمعنى الحرر المثبت للتصرف) . فبطلان الورقة لا يؤثر — في الأصل — على صحة التصرف ذاته ، وإن كان يؤدي إلى صعوبة إثباته (ومع ذلك فقد ثبت التصرف رغم بطلان الحرر بطرق أخرى كالإقرار واليمين ، وقد ينبر الحرر البطلان بداية ثبوت بالكتابة) . وإنما يتأثر التصرف ببطلان الحرر إذا كان الشكل ركناً فيه] .

(٢) أنظر آخراً فقرة ١٣٥ في الملتقى .

ينبع في شأن النص الذى ورد فيه . ولكن البطلان الذى يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر ما يرجع إلى اعتبارات موضوعية تنولى الآن تفصيلها .

ذلك أن القعد أركاناً ثلاثة هي الرضا والحل والسب . فإذا انعدم أى ركن منها فإن القعد لا يقوم طبيعياً ، ويكون باطلاً . ومثل انعدام الركن اختلال شرطه . فالرضا يشترط فيه التمييز^(١) . وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما ، والحل يشترط فيه الإمكان والتمتعين والمشروعية ، والسبب تشترط فيه المشروعية . فشروط التمييز والتقابل والتطابق في الرضا ، وشروط الإمكان والتمتعين في الحل هي شروط طبيعياً لا يقوم القعد بدونها . وشرط للمشروعية في الحل وفي السبب هو شرط قانوني لا يقوم القعد أيضاً بدونها . فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان القعد باطلاً^(٢) . والبطلان هنا عملية طبيعية الأشياء أو يفرضه القانون

(١) [يرى بعض الصراح أن انعدام الأهلية وإن كان يؤدي إلى البطلان الطائفي من الناحية النظرية إلا أنه يتحيز عملاً عن بطلان نسبي قلناً لانتهاء القضاء إلى قصر التمسك به على عديم الأهلية (هـ) (أو من ينه) : أنظر ص ١٦٦ ج ١ بند ٨١ — وأنظر أيضاً بيدان ج ٨ بند ٢٦٤ ص ١٩٠ وهاش ٣ — بل يخطو البعض إلى القول بأن انعدام الأهلية (فيها عدا بعض حالات خاصة) لا يؤدي إلى أكثر من البطلان النسبي وذلك تأسيساً على الفكرة الثالثة — بأنه عندما يتعلق الأمر بحماية مصلحة فردية فإن البطلان يكون نسبياً (انظر ما سبق — هاش ٥٢٧ من هذا الكتاب) — وذلك سواء أكان انعدام الأهلية أمراً طبيعياً أو مقررأً بنس قانوني مقصوداً به حماية خاصة — ومع التسليم بأن الأهلية من النظام العام (انظر رسالة الدكتور جميل الشرفاوى ن ٣٤١ هاش ٤) .

وتطبيقاً لنفس الفكرة يقرر البعض أن البطلان النسبي هو جزاء الفشل في السبب (بالمعنى التقليدي : أنظر مارتو ورينو ج ٢ بند ١٩٥) — وقد رأينا أن هذه المشكلة مستتبدة في الفقتين المصري والبلدي (راجع بند ٢٩٢ من هذا الكتاب) .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها القعد باطلاً ، فنصت المادة ١٩٣ من هذا المشروع على ما يأتي :

« يكون القعد باطلاً في الحالات الآتية :

(١) إذا أبرمه شخص لا أهلية له وإطلافاً .

(ب) إذا انضم فيه الرضا أو الحل أو السبب ، أو إذا لم تتوافر في الحل أو في السبب شروطه الجوهرية .

(ج) إذا اشترط القانون في القعد شكلاً يكون باطلاً بدوناً ولم يتوف القعد هذا الشكل أو إذا أغفل المصالحدين لإجراء شكلياً يتبره القانون وكناً في تكون القعد .

(د) إذا ورد في القانون نص خاص على البطلان » .

حماية لمصلحة عامة . والقصد الباطل منعدم طبعاً أو شرعاً ، فلا ينتج أثره ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتسك ببطالانه ، وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح إيجازته ، ولا يرد عليه التقادم .

وهناك ركن في القصد قد يقع أن يكون قائماً مستوفياً لشروطه ولكن لا تتوافر له أسباب الصحة ، وهذا هو الرضاء . فالرضاء ، كما رأينا ، يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية وحتى لو صدر عن غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، ولكنه يكون رضاء ميباً غير صحيح . وفي هذه الحالة يقوم القصد مستوفياً أركانه ، فهو منطبق بترتب عليه آثاره . ويبقى أن المتعاقد الذى صدر منه رضاء مختل أو رضاء معيب يكون من حق أن يحميه القانون إذا هو طلب هذه الحماية . فله وحده أن يطلب إبطال القصد كما له أن يميزه ، وإذا سكت سقط حقه في إبطال القصد بالتقادم . ذلك أن هذا الحق في إبطال القصد إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة ، بل لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة ، يعالج به ما اعتور رضاءه من نقص^(١) .

وليس فيما قدمناه من تأصيل البطلان إلا تناجح منطقية لمقدمات تؤدى إليها ، ومعلومات

== وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائى « لأن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة » .
(مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٢٥٠ في الهامش) .

(١) وقد تضمن المشروع التمييزى نصاً يسمح بالحالات التى يكون فيها القصد قابلاً للإبطال . فنصت المادة ١٩٥ من هذا المشروع على ما يأتى :

« يعتبر القصد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية :

(أ) إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية .

(ب) إذا الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال .

(ج) إذا ورد في القانون نص خاص يقضى بأن القصد قابل للإبطال » .

وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائى « لأن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة » . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٢٣٥ في الهامش) .

[ويرى الدكتور جميل الشرفاوى أن سلك المشروع في اللادتين ١٩٣ و ١٩٥ يدل على أنه لم ينفأ أن يخضع البطلان لمبار موضوع سلفاً بل عدد حالات البطلان ووزعها على قسميه ، على أسس بحث كل حالة على حدة (ص ٣٤١ هامش ٦) وهو يظن أن هذا هو ما اتسم المؤلف (الدكتور السهورى) في نظرية القصد] .

مقولة لامل ظاهرة (١).

(١) وقد جاء في للذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية لإطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة قسراً على ذلك أو كاتفاء الرضا أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً . وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد ، في حكم الواهم وحكم التأنون ، يحول دون انعقاده أو وجوده . وهنا هو ما يقصد بالبطلان المطلق . أما البطلان النسبي فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركناً من أركانه هو الرضا يقصد بسبب عيب يداخله ، أو بسبب تقص أهلية أحد العاقدين . ولعلنا يكون العقد قابلاً للبطلان بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضاه العيب أو من لم تكتمل أهليته . ومن الجلي أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد في مرحلتين متتابعتين : الأولى مرحلة الصحة وينتج فيها العقد جميع آثاره ، والثانية مرحلة البطلان ويصدر العقد فيها باطلا لا حكم له من وقت نشوئه . فليست ثمة مراحل ثلاث ، الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان ، الصحة والبطلان . وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبي بمقتضى نص خاص في القانون (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦) .

هنا ويمكن القول إن القوانين الأخرى ، من قديمة وحديثة ، تعرف تقسيم البطلان إلى مراتب متعددة ونحمل هذه المراتب متدرجة طبقاً لما ينتجها العقد الباطل من الآثار .
فالقانون الألماني يعرف البطلان المطلق والبطلان النسبي (م ١٤١ — ١٤٢) . بل إن الفقه الألماني يعرف العقد المتمم .

وعبر قانون الالتزامات السويسرى بين العقد الباطل بطلاً مطلقاً (م ١١ و ١٩ و ٢٠) والعقد الباطل بطلاً نسبياً (م ٢١ و ٢٣ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩) .

والقانون الأنجليزى يميز بين العقد الباطل بطلاً مطلقاً (void) ويدخل فيه العقد المتمم ، والعقد الباطل بطلاً نسبياً (voidable) والعقد غير النافذ (unenforceable) . ويريد بالأخير عقداً صحيحاً لا يمكن إثباته طبقاً للقواعد القانونية ، كعقد غير مكتوب لا يجوز إثباته بشير الكتابة . مثل هذا العقد لا يكون باطلاً ولا يجوز طلب إبطاله ، ولكن لا يمكن للمطالبة بتنفيذه ، على أنه إذا فسد الملتزم اختياراً فاقبى له أن يسرد ما دفع . وظاهر أن هذا الفرض هو إحدى حالات الالتزام الطبقى في القانونين المصرى والفرنسى ، ولما كان القانون الأنجليزى لا يعترف بالالتزام الطبقى كمنظرة عامة ، فقد وضع إحدى حلالاته في نظرية البطلان .

أما الشريعة الإسلامية فلها نظامها الخاص في تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره . ومراتب العقود حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هي العقد الباطل ، ثم الفاسد ، ثم الموقوف ، ثم النافذ ، ثم اللزم وهو أقوى مراتب العقود من حيث ظهور الأثر . — فالعقد الباطل ما ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً ، أى ما كان في ركنه أو في محله خاللاً ، وهو لا يمتد أصلاً ولا يقيد للذك في الأعيان المالية ولو بالتبني . والعقد الفاسد هو ما كان مشروعاً أصلاً لا يفسده ، بأن يكون المقود عليه أو ببله مجهولاً جهالة فاحشة ، أو يكون العقد خالياً من الفائدة ، أو يكون مقروناً بشرط من الشروط الموجبة لفساد العقد . وهو لا يقيد للذك في المقود عليه إلا بقبضه برضا صاحبه . والعقد للموقوف هو ما كان المائد فيه =

٣٠٢ - غلطة البحث : والآن نستطيع أن نرسم خطة لبحث نظرية البطلان . فالعقد الباطل والعقد القابل للإبطال يمران بأدوار مختلفة منذ نشأتها إلى أن يقرر بطلانهما . فقد يترتب عليهما بعض الآثار ، وقد يرد على العقد القابل للإبطال الإجازة أو التقادم فينقلب صحيحاً . ولكن في أكثر الأحوال يطلب ذو الشأن تقرير بطلان العقد فينعدم . فالأدوار إذن ثلاثة : (١) ترتيب الآثار . (٢) الإجازة والتقادم . (٣) تقرير البطلان . وتولى بحث كل من هذه الأدوار .

البحث الأول

الآثار التي تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال

٣٠٣ - الآثار العرضية والآثار الأصلية : العقد الباطل ليس عملاً قانونياً (acte juridique) إذ هو كمقد لا وجود له ، ولكنه عمل مادي (acte materiel) أو واقعة قانونية (fait juridique) . وهو بهذه الثابتة قد ينتج أثراً قانونياً ، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانوني باعتباره عقداً ، بل هو أثر عرضي يترتب على العمل للمادي باعتباره واقعة قانونية . على أن العقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية أثره الأصلي باعتباره عقداً ، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل ، وطوراً وجوب حماية حسن النية .

والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم منذ البداية ، وصار هو والعقد الباطل

تفضولاً تصرف في ملك غيره بلا إذنه ، أو كان صبيّاً مميزاً . فلا يظهر أثر الضمان ولو لم يولد بغير موافقة المالك إلا إذا أجازته المالك في الصورة الأولى ، والولي أو الوصي في الصورة الثانية . والعقد النافذ هو ما صدر من ذي أهلية كاملة فيما يملك التصرف فيه . والعقد اللازم هو ما كان خالياً من خيارات أربية : خيار التعيين وخيار الشرط وخيار الميب وخيار الرؤية . ويستخلص من ذلك أن قواعد البطلان في الشريعة الإسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن قواعد البطلان في القانون الحديث . (انظر في نظرية البطلان في الفقه الإسلامي : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف الجزء الرابع ص ١٣٣ وما بعدها) .

بمنزلة سواء^(١). فإذا قلنا المقد الباطل ، كان المقصود أن يدخل في مضمونه المقد القابل للإبطال بعد أن يقرر إبطاله^(٢).

وتناول الآن كلا من الآثار المرضية والآثار الأصلية للمقد الباطل.

المطلب الأول

الآثار المرضية للمقد الباطل

٣٠٤ — استمرصه بعض هذه الآثار : قد ينتج المقد الباطل آثاراً باعتبارها واقعة مادية كما قدمنا . من ذلك الزواج غير الصحيح ، فهو في الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ما بين الزوجين ، ولكنه ينتج آثاراً عرضية كوجوب المدة في بعض الأحوال ووجوب اللهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطاً ومستوط الحد ولو مع العلم بالبطلان على خلاف في الرأي^(٣). وهذه الآثار لا ترتب على الزواج باعتبارها عقداً ، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثراً ، ولكنها ترتب عليه باعتبارها واقعة مادية . فإذا وقع أن رجلاً وامرأة ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين ، فالمدة واجبة

(١) [ظاهر مما تقدم أن كلمة « بطلان » — مجردة من أى وصف — تدل في التقنين المدني الجديد على ما كان يسمى « البطلان المطلق » — وأن كلمة « النابية للإبطال » تقابل (البطلان النسبي) — ويرى الدكتور جميل الشرفاوى أن المشرع وإن كان قد أخذ بقسم البطلان إلى مطلق ونسبي إلا أنه قد تجنب التسمية الفنية في النصوص وكان ذلك عملاً موثقاً من جانبه (رسالته : بند ١٣٢ من ٣٧٢) .

(٢) وقد يكون المقد القابل للإبطال قبل أن يقرر بطلانه مستجاً لبعض الآثار كواقعة مادية لا كمقد . فهو يصلح أن يكون سبباً صحيحاً نافلاً للملكية يستند إليه الحائر في التملك بالتفادم الجنسي ، بخلاف المقد الباطل فإنه لا يصلح لذلك . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك ، وكان البائع قاصراً ، صلح هنا البيع أن يكون سبباً صحيحاً ، وتلك المشتري العقار بالتفادم الجنسي . وظاهر أن البيع الصادر من القاصر غير المالك يستبر في العلاقة ما بين المشتري والمالك الحقيقي واقعة مادية لا عقداً . وهو لا يكون سبباً صحيحاً إلا قبل إبطاله ، أما إذا أبطله القاصر أو المشتري فإنه لا يوجد حالاً لأن يكون سبباً صحيحاً . ويتصور أن المشتري يطله إذا كان من مصلحته أن يرجع العقار إلى صاحبه ويرجع بالثمن على القاصر ، لا سيما إذا نزلت قيمة العقار عن الثمن وأمكن المشتري أن يرجع بالثمن على القاصر باعتبار أنه قد أقامته إعادة كاملة .

(٣) فتح القدير ٥ ص ٣٠ وما بعدها و ٤٠ وما بعدها .

على أثر هذا الاتصال الفعلي ، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء ، وللمهر بمثابة تمويص عن الدخول ، وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رابطة الزوجية .

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلا ، ولكنه ينتج بعض الآثار . من ذلك صحيفة الدعوى إذا كلف فيها المدعى عليه بالحضور أمام محكمة غير مختصة ، فتكون باطلة وهي مع ذلك تقطع التقادم (م ٣٨٣ جديد) . ومن ذلك أيضاً المطاء اللاحق في الزيادة يسقط المطاء السابق حتى لو كان المطاء اللاحق باطلا (م ٩٩ جديد) .

ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها المقد الباطل أثران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين : إحداهما نظرية تحول المقد ، والأخرى نظرية الخطأ عند تكوين المقد . ونقول كلمة موجزة عن كل منهما :

§ ١ — نظرية تحول المقد (*)

(Conversion du contrat)

ونظرية انتقاص المقد

٣٠٥ — النصوص القانونية : لم يكن التقنين القديم يتضمن نصاً يقرر النظرية كبداً عام ولكن القضاء كان يطبقها في بعض الحالات . أما التقنين الجديد فقد أورد فيها نصاً صريحاً هو المادة ١٤٤ ، وهي تجرى على الوجه الآتي :

« إذا كان المقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن المقد

(*) ينسئ المراجع : سالي في إعلان الإرادة م ١٤٠ فقرة ١ — فقرة ٢٢ — جايو (Japlot). رسالة من دييجون سنة ١٩٠٩ ص ٦٧٢ وما بعدها — پران (Perrin) رسالة من دييجون سنة ١٩١١ — بيد ليفر (Piedelèvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ ص ١١٦ وما بعدها — الدكتور حلمي يهجت بدوى مقال في مجلة القانون والاقتصاد ص ٤٠٥ — ص ٤٣٢ . [أنف : جيل الشرفاوى ص ٤٠١ — بند ١٣٨ — والدكتور أحمد يسرى : في تحول التصرفات القانونية — رسالة من جامعة هيدلبرج ألمانيا (الترجمة العربية — طبع القاهرة ١٩٥٨)] . وانظر أيضاً للدكتور أحمد يسرى بحثاً في تحول القرار الإداري (مجلة مجلس الدولة السنوات ٨ — ٩ — ١٠ صحيفة ٩٠ وما بعدها) .

يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد^(١).

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية ، صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ، وأخذ بها التقنين الألماني كقاعدة عامة في نص صريح هو المادة ١٤٠^(٢) . وعلى نهج التقنين الألماني سار القانون المدني الجديد .

٣٠٦ - كيف تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح : وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل ، إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو

(١) تاريخ المس : ورد هذا النص في المادة ٢٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للبطلان وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو أنهما كانا يعلمان بطلان العقد الأول » . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فى المشروع التام . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول حذف البقرة الأخيرة من النص ، وقبل فى الرد على ذلك بأن المقصود بهذه المادة أن تضع للقاضى معياراً لتحقيق العدالة ، فتجن لا تنزله بالبحث عن نية المتعاقدين ، ولكننا نطالبه أن يستخلص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد ، وهذا التكيف القانونى من القاضى يضع تحت رقابة محكمة النفس على أن يكون مفهوماً أن القاضى يبحث فى النية التى كان مفروضاً قيامها قبل النزاع . وانتهت اللجنة إلى الاتصاف على حذف عبارة « لو أنهما كانا يعلمان بطلان العقد الأول » لأنها تزيد لا محل له ، ولأن السألة نبط أمرها بالنية ، ولا محل لتقيد بعد ذلك بالملم أو بأى طرف آخر ما دام الأمر سيرجع فى النهاية إلى تقدير القاضى . وأصبح رقم ١٤٤ - ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٧) .

وتقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٥ (مطابق) - الليبى م ١٤٤ (مطابق) - العراق م ١٤٠ (مطابق) - اللبناني لا مقابل .

(٢) وقد قضت المادة ١٤٠ من التقنين الألمانى بما يأتى : « إذا كان العمل القانونى الباطل يبنى بشرط عمل قانونى آخر ، فهذا العمل الأخير هو الذى يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان » . ويجمع هذا النص شروط التحول الثلاثة التى سأتى ذكرها ، وقد أخذ بالإرادة المختلة ، لا بالإرادة الاحتياطية ولا بإعدام الإرادة العكسية على ما سأتى بيانه (أنظر فى هذا الموضوع سالى فى إعلان الإرادة م ١٤٠ ص ١٥٨) .

التصرف الصحيح . وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً .
ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح : « كبيالة » لم تستوف
الشكل الواجب فتحول من كبيالة باطلة إلى سند عادي صحيح . ومن الأمثلة أيضاً
شخص يتعهد تمهيداً لا رجوع فيه أن يحمل آخر وارثاً له ، فيكون التعهد باطلاً لأن الشريعة
الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث (institution d'héritier) ، ولكنه يتحول إلى
وصية صحيحة يحوز الرجوع فيها . ومن أمثلة التحول كذلك وصية لاحقة لوصية سابقة ،
فاذا كانت الوصية اللاحقة باطلة تحولت إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة ؛ ومثل
هذا تصرف باطل في شيء كان قد أوصى به المتصرف قبل صدور التصرف ، فيتحول
التصرف الباطل إلى أى عدول صحيح عن الوصية .

٣٠٧ — شروط تحول العقد : ويتبين مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة لتحول
التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح (١) بطلان التصرف الأصلي . (٢) وتضمنه
لعناصر تصرف آخر . (٣) وانصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الآخر (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد تحول العقد ما يأتي : « استفتت
أحكام المادة ٢٠٣ (م ١٤٤ جديد) من التقنين الألماني أيضاً . يد أن فكرة تحويل العقد أو اختلاله
أدق من فكرة الانقاس التي تقدمت الإشارة إليها . فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تغيير لإرادة
المتعاقدين . بل الواقع أن القاضي يحمل نفسه عليها ، ويدخلها من عقدهما القديم عقداً جديداً يقيه لها .
ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصيل باطلاً أو قابلاً للبطالان . فإذا كان صحيحاً فلا يملك
القاضي بوجه من الوجوه أن يحمل عليه عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لها أمره . ويشترط كذلك
أن تكون عناصر العقد الجديد التي يقيه القاضي قد توافرت جيداً في العقد الأصيل الذي قام به سبب من
أسباب البطلان ، فلا يملك القاضي على أى تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد
الأصيل . ويشترط أخيراً أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد
لو أنها تبنينا بالعقد الأصيل من أسباب البطلان . ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضي في نطاق التحويل
ليست سلطة تحكيمية . فإذا كان يتولى عن الباقدين إعادة إنشاء التعاقد ، إلا أنه يسترشد في ذلك بإرادتهما
بالنات . وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضي على نحو
يتيح تقريب الثقة ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية . ولعل اعتبار الكبيالة التي
لا تستوفى ما ينبغي لها من الشروط الشكلية سبباً لإذياً أو مجرد تافه مدعى من أبرز التطبيقات العملية
التي يمكن أن تساق في صدد فكرتنا التحول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) .

فيجب أولاً أن يوجد تصرف أصلي باطل وتترتب على هذا الشرط نتيجتان : (١) لو أن التصرف الأصلي كان صحيحاً ، فلا يتحول إلى تصرف آخر كان المتصدقان يؤثرانه على التصرف الأول ، حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر . مثل ذلك هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية ، ويتبين أن كلا من الواهب والموهوب له كان يفضل الوصية على الهبة ، فلا تتحول الهبة إلى وصية في هذه الحالة ، لأن الهبة وقعت صحيحة ، ولا يتحول إلا التصرف الباطل . (٢) يجب أن يكون التصرف الأصلي باطلاً بأكمله . أما إذا كان جزء منه باطلاً وكان التصرف قابلاً للاقسام ، فلا يكون هناك محل لتحويل التصرف ، بل لا تنقصه (réduction) ، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح ؛ وقد نعت المادة ١٤٣ من التقنين المدني الجديد صراحة على هذا الحكم ، فقضت بأنه « إذا كان المقدق شق من باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن المقدم ما كان ليمتد هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل المقدم كله »^(١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان المقدق شق من باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، أما الباقي من المقدق فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، إلا إذا تبين أن المقدم ما كان ليمتد بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال » . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٧ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ حذفت عبارة « أما الباقي من المقدق فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً » لأن هذه العبارة جاءت على سبيل الإيضاح وهي تكرر نتيجة تستخلص في غير عنا من النص نفسه ، وأصبح رقم ١٤٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « اقتبس المشروع أحكام المادة ٢٠٢ (م ١٤٣ جديد) من التقنينات الجرمانية ، ومن بينها التقنين الألمانى وتقنين الالتزامات السويسرى والتقنين البولونى بوجه خاص (انظر أيضاً المادتين ٣٢٢/٣٠٨ من التقنينات التونسية والمراكشى) . وهي تعرض لانقسام المقدع عندما يرد البطلان المطلق أو النسبى على شق منه . فلو فرض أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع ، أو أن يباع ورد على عدة أشياء وقم الماقدق في غلط جوهرى بشأن شيء منها ، ففي كلتا الحالتين لا يصيب البطلان المطلق أو النسبى من المقدق إلا الشق الذى قام به سببه . وعلى ذلك يبطل الشرط المترتب بالهبة بطلاناً مطلقاً ، ويبطل البيع فيما يتماق بالشيء الذى وقع الفلظ فيه بطلاناً نسبياً ، ويظل ما بقى من المقدع صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، ما لم يقم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الذى يبطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً لا يتصل عن جملته المتأققد (ظنن المادة ١٣٩ من التقنين الألمانى والمادتين =

مثل ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك . فضع قسمة الموقوف باطلة ، وتبقى قسمة للملك صحيحة ، إلا إذا أثبت من يطمئن في القسمة كلها أنها ما كانت لتتم في المملوك دون الموقوف . ويتبين من ذلك أن وجود شرط باطل في وصية ، يكون من شأنه أن يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف ، أو يبطل هو وحده إذا لم يكن هو الدافع ، وهو ما يدخل في نطاق قاعدة انتقاص المقد . ويدخل في نطاق هذه القاعدة أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدود على أن ينقص ما يزيد على هذا الرقم ، كعقد بقاء في الشيوخ اتفق على أن تكون مدته أكثر من خمس سنوات فتنتقص المدة إلى خمس (م ٨٣٤ جديد) ، أو عقد قرض بفوائد تزيد على ٧ في المائة فتنتقص الفوائد إلى ٧ في المائة (م ٢٢٧ جديد) . في مثل هذه الأحوال ينتقص المقد لا يتحول مادام قابلاً للتجزئة . أما إذا لم يكن قابلاً لها فإنه يبطل بأكمله . وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحويله إلى عقد آخر صحيح ، كما قد يكون هناك محل في حالة الانتقاص لتحويل الجزء الباطل وحده إلى عقد آخر صحيح . وانتقاص التقديس ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وكان القضاء يأخذ به في ظل التقنين القديم^(١) .

ويجب ثانياً أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد . فإذا اختلف هذا الشرط لم يحز

— ٣٢٧/٣٠٨ من التقنين التونسي والرا كشي ، ومي تلقى عبه الإثبات على عاتق من يملك بصحة ما يق من أجزاء المقد . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام التشريعية ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين « (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٦٠) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٤٤ (مطابق) — الليبي م ١٤٣ (مطابق) — العراق م ١٣٩ (مطابق) — اللبناني لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(١) محكمة الزاوية في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ١٦٥ م ٢٢٢ — وانظر في موضوع الانتقاص مثلاً للدكتور حلمي بهجت بدوي في مجلة القانون والاقتصاد ٣ م ٤٠٥ — ص ٤٠٧ — وانظر أيضاً المادة ٢٠ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسري .

[أضيف : دى باج ٢ ب ٧٨٦ — ملري وريو ج ٢ (المجلد الأول) بند ٢١١ (في الإبطال بالجزئ)] .

التحول . مثل ذلك شخص باع أرضاً من آخر ، وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع ، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبائع ، حتى لو ثبت أن الميعادين كانا يقبلان ذلك لو علما بأن البائع لا يملك الأرض ^(١) .

(١) ومن ثم لا يمد تحولا ما نصت عليه المادة ١٢٤ من القانون المدني الجديد . وقد رأينا ، تطبيقاً لهذه المادة ، أن الشخص الذي اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء ، الأثرى الذي قصد شراؤه (انظر آتفاً فقرة ١٧٨) . وليس في هذا تحول بيع شيء غير أثرى إلى بيع شيء أثرى ، لأن البيع الثاني أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجوداً في البيع الأول ، وهو الشيء الأثرى بالذات ، فتختلف بذلك شروط من شروط التحول .

وبمن في هذه المناسبة أن نشير إلى وجوب التمييز ما بين تصحيح العقد وتحوله وإجرائه . فتصحح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانوناً إلى جملة صحيحاً . ففرض البائع على المشتري أن يعطيه الشيء الأثرى الذي قصد شراؤه في التل للتقدم يجعل مرتبطاً بالعقد كما قلنا ، وإدخال هذا العنصر الجديد — الشيء الأثرى — على العقد قد أدى قانوناً إلى جعل العقد صحيحاً . وفي الاستقلال يجوز في عقود الماوضة أن ينزق الطرف المستقل دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الدين ، نفرض ما يمكن لرفع الدين هو إدخال عنصر جديد في العقد أدى إلى تصحيحه . وكذلك الحال في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن التل في بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان في البيع غبن يزيد على الخمس . ويجوز أيضاً تصحيحاً للعقد القسمة لإكمال نصيب المتناقص للثمن ما نقص من حصته إذا لطفه غبن يزيد على الخمس . ومن قبيل تصحيح العقد تخفيض الفوائد الاضافية إلى ٧ ٪ ، وتخفيض الأجل الاتفاق لبقاء في الشيوخ إلى خمس سنين ، وإن كان التصحيح في هاتين الحالتين الأخيرتين قد أتى عن طريق انتقاس للعقد وهو إجباري بمقتضى القانون لا اختياري بإرادة المتناقص . ويجري التصحيح ، كما رأينا ، بتفيري في عنصر من عناصر العقد : إما بإيداعه بنصر جديد كما في إبدال غير الأثرى بالأثرى ، وإما بزيادة فيه كالتملكة في حالة الاستقلال والدين ، وإما بانتقاس منه كتخفيض الفوائد الاضافية وإطالة الأجل الاتفاق لبقاء في الشيوخ . والتصحيح هو مزيج من تصرف لإرادى وعمل ملادى يصدر ، بخلاف الإجازة ، من الطرف الذى لم يقرر بطلان العقد لصالحه . وله أثر رجعى كالإجازة ، فيعتبر العقد الصحيح صحيحاً من وقت نشوئه لا من وقت تصحيحه — وتصحيح العقد غير مراجعة القاضي للعقد . فالتصحيح يكون بمقتضى إرادة المتناقص أو بمقتضى حكم القانون ، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضي . والتصحيح لا يكون إلا في عقد نشأ مميئاً منذ البداية ، أما مراجعة العقد فقد تكون في عقد نشأ مميئاً كإنتقاس الالتزامات في الاستقلال وفي عقود الإذعان ، وقد تكون في عقد نشأ صحيحاً كالاستكمال القاضي للسائل غير الموجهرة التى لم يتفق عليها المتعاقدان (م ٩٥٠ جديد) وإنتقاس الالتزام المرحق في نظرية الحوادث الطارئة .

أما تحول العقد فهو ، كما رأينا ، استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أي عنصر جديد ، بل تبقى عناصر العقد القديم كما هي ، وإنما تكيف تكييفاً قانونياً غير التكيف الأول ، فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم . وعدم إدخال أي عنصر جديد هو الذى يميز التحول عن التصحيح .

ويجب أخيراً أن تصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذى تحول إليه التصرف الأصلى . وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية ، بل معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن التصرف الأصلى باطل^(١) . فإرادتهما الواقعية انصرفت إلى التصرف الأصلى ، وانصرفت لإرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر ، ومن هنا نرى أن القاضى قد استخلص من التصرف الباطل — باعتباره واقعة مادية — عناصر تصرف صحيح انصرفت إليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين . فأقام هذا التصرف الباطل ، وجعل ذلك أنراً عرضياً لهذا^(٢) .

= وأما إجازة العقد فهى ، كما نرى ، استبقاء العقد القابل للابطال بناصره كما هو . وفى هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح ، مع استبقاء العقد المجاز على تكييفه القانونى الأصل دون أن يكتفى تكييفاً جديداً ، وفى هذا تتفق الإجازة مع التصحيح وتختلف عن التحول .

(١) [أنظر فى تطبيق هذه الشروط على القرارات الإدارية : بحث الدكتور أحمد بسرى الذى سبق الإشارة إليه . (وأحكام المحكمة الإدارية العليا التى أوردتها) . وهو يخلص فيه إلى أن القرار الباطل يتحول إلى قرار آخر صحيح إذا وجد توافق فى العناصر بين القرارين من حيث الضمون والشكل (والاختصاص) متى أمكن افتراض أن إرادة السلطة العامة كانت بحيث تتجه إلى إصدار هذا القرار الثانى لو تبين العيب البطل للقرار الأول . وبذلك يمكن إتخاذ الإرادة من مصير البطلان] .

(٢) ويرد ذلك أن التصرف الصحيح قد قام على النية التى قصد إليها المتعاقدان (volonté téléologique) كما يقول سالى . فهناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها ، وقد اختاروا لذلك طريقاً قانونياً تبين جلالاته . فإن كان هناك مرقب قانونى صحيح يؤدى إلى النية ذاتها ، فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق القانونى الصحيح ، لو أنهما كانا يعلمان بطلان الطريق القانونى الذى اختاراه ، مادام الطريق الصحيح يؤدى إلى النية العملية التى قصداها . فالسيرة إذن بالنية العملية ، لا بالإرادة القانونية .

هنا وهناك من أنصار نظرية الإرادة الباطنة من يشترط فى التحول أن تصرف لإرادة المتعاقدين احتياطياً إلى التصرف الصحيح الذى تحول إليه التصرف الباطل . فلا تكتفى الإرادة المحتملة . بل يجب أن يتوهم المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصلى فتصرف لإرادتهما احتياطياً إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال . والإرادة الاحتياطية هى كما نرى إرادة حقيقية . ويكون المتعاقدان قد أرادا تصرفاً باطلاً فى الأصل ، وأرادا تصرفاً صحيحاً على سبيل الاحتياط . فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لا على إرادة عتمة .

وعلى النقيض من ذلك يوجد من أنصار نظرية الإرادة الظاهرة من لا يتطلب لإرادة احتياطية ولا لإرادة عتمة . بل يكتفى بإعدام الإرادة العكسية . فيحول العقد لما لم ينص من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد هذا التحول .

٢٩ — نظرية الخطأ عند تكوين العقد^(١)

(Culpa in contrahendo)

٣٠٨ — كيف يكون هناك خطأ عند تكوين العقد — وما هو جزاء هذا الخطأ :

قد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ، ويكون سبب البطلان آتياً من جهة أحد المتعاقدين ، أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة العقد ويطمئن ، إلى ذلك ، ويبني تعامله على هذا الاعتقاد . فإذا تقرر بطلان العقد ، ناله من وراء ذلك ضرر لم يكن في حسابه . فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتياً من جهته ، وعلى أى أساس قانونى يكون هذا الرجوع ؟ هذا هو وضع المسألة فى نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ووجه الصعوبة فيها أن العقد باطل ، فليس هناك إذن عقد تؤسس عليه مسئولية المتعاقد الذى أتى سبب البطلان من جهته ، فكيف إذن يمكن الرجوع عايه ؟

وناقى بأمثلة توضح ما أسلفناه . قد يكون العقد باطلاً لانعدام الرضاء ، كشخص يترك خاتمه عند آخر فيوقع هذا به عقداً بطمئن إليه الطرف الآخر ، وككدير شركة يصدر سندات غير صحيحة يطمئن إليها من يشتريها ، وكالموجب يبدل عن إيجابه قبل أن يتلاقى باقبول ولكن المتعاقد الآخر يطمئن إلى أن العقد قد تم . وقد يرجع سبب البطلان للمحل أوالسبب ، كأن يبيع شخص شيئاً غير موجود أو لم تتوافر فيه شروط الحل ، وكان يلتزم البائع لسبب غير مشروع ، ونسكن للشترى لا يعلم سبب البطلان ويطمئن إلى قيام العقد .

(*) بعض المراجع : إمرئى : أسامه المختارة ج ٢ ص ١ — ص ١٠٠ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى بقرة ١٥٣ — بقرة ١٦١ — سالى فى إعلان الإرادة م ١٢٢ بقرة ١ — بقرة ٦ وم ١٤٩ بقرة ٥٤ — بقرة ٦٠ — روبييه رسالته فى المسئولية السابقة على التعاقد — لجرو (Legros) فى المسئولية عند بطلان العقد ديجون سنة ١٩٠٠ — رو (Roux) فى التعويض عن بطلان العقد باريس سنة ١٩٠١ — هاسنارد فى الالتزامات التى تنشأ عند إعداد العقد باريس سنة ١٩٢٢ — الدكتور حلمى بهجت بدوى مقال فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٨٤ — ص ٤٠٥ . [فى باج ج ٢ ص ٥١٦] بند ٥٥٥ — وأظفر رسالة الدكتور أكرم الحولى فى التعويض العسقى (وقد سبق الإشارة إليها) بند ١٩٥ وما بعده — وبخاصة من بند ٢٠٧ .

وقد يكون العقد قابلاً للإبطال، كأن يتقدم قاصر إلى التعاقد ويطعن من يتعاقد معه إلى صحة العقد، وكأن يقع أحد المتعاقدين في غلط لا يشترك معه فيه الطرف الآخر بل يطعن إلى أن التعاقد صحيح، وكمن يشتري من غير المالك معتقداً أنه المالك .

ومن هذه الأمثلة ما عالج القانون بنصوص خاصة . فالوجوب الذي يبدل عن إيجابه إذا وصل عدوله إلى الطرف الآخر بمد وصول الإيجاب لم يعتد بالعدول (م ٩١ جديد) . ولا يعتد بعدم مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بذلك كما أسلفنا . ويلزم ناقص الأهلية بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته (م ١١٩ جديد) . وإذا شاب التعاقد غلط لم يشترك فيه الطرف الآخر ولم يعلم به ، فالغلط لا يؤثر في صحة العقد (م ١٢٠ جديد) . وإذا حكم المشتري بإبطال البيع وكان يحمل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ جديد) .

ولكن في غير الأمثلة التي ورد فيها نص خاص كيف يستطيع المتعاقد الذي اطمان إلى صحة العقد أن يرجع على المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته ؟ يمكن القول منذ الآن إن العقد الباطل يعتبر واقعة مادية ، إذا توافرت فيها شروط الخطأ التقصيري ، رجع للمتعاقد الذي اطمان إلى صحة العقد بالتعويض عن هذا الخطأ على المتعاقد الذي أتى من جهته سبب البطلان . ومن ثم يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عريضاً ، لا على أساس أنه عقد ، بل على أساس أنه واقعة مادية .

٣٠٩ — نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد : على أن إهرنج (Ihering)

الفقيه الألماني المعروف واجه هذا الفرض في صوره المتعددة ، فوضع له نظرية معروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (Culpa in contrahendo) . ودعا إلى ذلك أن القانون الروماني كان في ألمانيا هو القانون المعمول به في عهده . ولم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يرتب مسئولية مدنية ، بل كانت الأعمال الضارة التي توجب التعويض مقيدة بشروط معينة يقضى بها قانون أكيليا (Aquilina) المعروف . فلم يستطع إهرنج

أن يقرر أن العقد الباطل ، كواقعة مادية ، يعتبر خطأً بموجب التعويض . ولكنه تهب في نصوص القانون الروماني فمتر على بعض النصوص التي تقضى برجوع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاته^(١) . واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاماً بالتعويض كمقد لا كواقعة مادية . ولم يرد الاقتصار على التطبيقات التي وجدها في القانون الروماني ، بل رسم مبدأ عاماً يقضى بأن كل متعاقد تسبب ، ولو بحسن نية ، في إيجاد مظهر تماقدي اطمان اليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر ، يلتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعرض المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد ، بحيث يرجع إلى الحالة التي كان يصير اليها لو لم يتعاقد^(٢) .

وتتميز نظرية إهرنج هذه بأن كلاماً من المقومات الثلاثة للسئولية — الخطأ والعقد والتعويض — يتلون فيها بلون خاص .

أما الخطأ فينحصر في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد ، وكان واجباً عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب توجب بطلان العقد . على أنه حتى لو فرض أن هذا التعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان . فإنه يبقى أن ضرراً قد وقع ، وأن من المدل أن يتحمله هو وقد وجد سبب البطلان في جانبه ، لا أن يتحمله المتعاقد الآخر وهو حسن النية ولم يكن في موقف يستطيع فيه أن يكشف عن هذا السبب . فوجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين هو في ذاته خطأً (culpa) يوجب

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ١٠ وما يسمها .

(٢) وقد ضرب إهرنج لذلك مثلاً : متجر في مدينة كولونيا أبرق إلى مصرف في مدينة فرانكفورت أن يبيع لحسابه عدداً معيناً من السندات . ولكن لفظ « يبيع » بالألمانية (verkaufen) وقع فيه خطأ مادي ، وحذف منه المتطع الأول (ver) فأصبح (kaufen) ، وهذا اللفظ معناه « يشتري » فكان من ذلك أن اشترى المصرف لحياله بدلاً من أن يبيع . وتزل سعر السندات بعد ذلك ، فالت الحسارة مبلغاً جسيماً (إهرنج : أعماله المختارة الترجمة الفرنسية جزء ٢ ص ٧ — ص ٨) .

التعويض^(١).

وأما المقد الذى أدخل به المتعاقد المسئول فقد كان من الممكن تصويره على أنه عقد ضمان التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد . ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمناً ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد ، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمنى لهذا التعهد ، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين . ولكن إهرنج يصطدم هنا أيضاً بقواعد القانون الرومانى ، فهذه القواعد ضيقة فى المقد كما هى ضيقة فى الخطأ . وليس كل إيجاب وقبول فى القانون الرومانى يعتبر عقداً . لذلك لا يقيم إهرنج مسئولية المتعاقد على عقد الضمان هذا ، إذ هو لا يتبرع عقداً كما قلنا ، بل يقيمه على المقد الباطل ذاته ، ولكن لا كواقعة مادية فليس كل عمل ضار يعتبر خطأ فى القانون الرومانى ، بل كمقد حيث تسفه مجموعة من النصوص استخلص منها إهرنج قاعدة عامة كما أسلفنا . فإذا قيل إن المقد باطل فرضاً فكيف ينتج أثراً ، أوجب إهرنج بأنه لا يجوز أن يجرد المقد الباطل من كل آثاره ، وإذا قصص المقد ركن أو شرط فأصبح باطلاً ، كان معنى البطلان أن المقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط . واستشهد إهرنج على صحة هذا رأى بتطبيقات مختلفة فى القانون الرومانى^(٢) . وهذا رأى يقرب كثيراً من نظرية تنوع مراتب البطلان التى سبقت الإشارة إليها . ونرى من ذلك أن إهرنج يرتب على المقد الباطل أثراً أصلياً ، لا باعتباره واقعة مادية ، بل على أساس أنه عقد . وهذه التخصيصات هى أبرز خصائص نظريته .

وأما التعويض فلونه الخاص فى نظرية إهرنج هو ألا يكون تعويضاً كاملاً كما فى التعويض عن عقد صحيح . فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإجماعية

(١) [انظر الدكتور أ. كشم الحولى بند ١٧٩ وما بعده (س ١٧٠ وما بعدها) حيث يجرى رأى القائلين بأن قابلية المقد للإبطال هى جزاء على خطأ أحد المتعاقدين ، أى أنها صورة من صور التعويض عنه الضرر الناشئ عن سلك تقصى] .

(٢) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٤ من ٢٨ — من ٣٥ .

(*intérêt positif - Erfüllungs Interesse*) . أما التعويض عن العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية (*intérêt négatif - negative Vertrags Interesse*) — . ويأتى إهرنج بمثل بين الفرق بين التعويضين : شخص احتجز غرفة في فندق وتخلف عن الحضور . فإذا كان العقد صحيحاً كان مسئولاً عن تعويض المصلحة الإيجابية ، أى عن الضرر الذى أصاب صاحب الفندق من عدم تنفيذ العقد ، فيدفع أجرة الغرفة . أما إذا كان العقد باطلاً ومع ذلك اطمان صاحب الفندق إلى صحة التعاقد ، فلا يرجع إلا بالمصلحة السلبية ، فيطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء توفه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التى كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع من التعاقد . ويترب على ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون فرفض الطلب لاعتقاده أن الغرفة محتجزة . وقد رأينا في الحالة الأولى أنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أو لم يطلبها أحد . — ويكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل عادة من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ويضرب إهرنج لذلك مثلاً : تاجر باع عشرة صناديق من « السجاير » ، وكان العقد صحيحاً ولكن المشتري لم ينفذه ، فللبائع أن يطلب تعويضاً عن المصلحة الإيجابية ، أى الربح الذى كان يجنيه من الصفقة والخسارة التى لحقت من عدم تنفيذ العقد كما لو تكبد نفقات في إرسال الصناديق واستردادها . أما إذا كان العقد باطلاً ، بأن كان المشتري لم يطلب إلا صندوقاً واحداً مثلاً ولكن وقع خطأ مادي في الرسالة جعل البائع يستقد أن المطلوب هو عشرة صناديق ، فإن التعويض الذى يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية حتى يموذ للحالة التى كان عليها لو لم يوجد مظهر هذا التعاقد ، فيرجع بنفقات إرسال الصناديق واستردادها دون المكسب الذى كان يربحه لو تمت الصفقة . فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية . — وقد يكون مساوياً له ، وذلك أن التعويض عن المصلحة السلبية ينطوى هو أيضاً على عنصرين : الخسارة التى لحقت الدائن والمكسب الذى فاته . فإذا فرض أنه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق المشرة بأثمان ذاته وامتنع عن إتمامها ظناً منه أن الصفقة الأولى قد تمت ، ففي هذه الحالة يرجع أيضاً بالمكسب الذى

فاته بالإضافة إلى المصروفات التي أنفقها ، فيستوى التمييزان . وإذا فرض أن الصفقة التي امتنع عن إتمامها كانت تدرّ عليه ربحاً أكثر من ربح الصفقة الأولى ولكنه رفضها احتراماً لتعاقد الأول ، فإن التمييز عن المصلحة السلبية يكون في هذه الحالة أكبر من التمييز عن المصلحة الإيجابية . ولكن الظاهر أن الدائن إذا تقاضى تمييزاً عن المصلحة السلبية ، فلا يصح أن يجاوز هذا التمييز حدود التمييز عن المصلحة الإيجابية . وإلا استفاد دون حق من بطلان العقد . — على أن التمييز عن المصلحة السلبية قد يكون في بعض الفروض منعدماً ، ففي المثال الذي نحن بصدده إذا فرض أن التاجر تبين بطلان العقد قبل أن يرسل الصناديق إلى المشتري وقبل أن تمرض عليه صفقة أخرى ، فإنه لا يتقاضى تمييزاً ما ، إذ لم يفته مكسب ولم يتكبّد خسارة^(١) .

٣١٠ — أثر نظرية إهرنج في القوانين المصرية : وقد تأثرت بعض القوانين الحديثة بنظرية إهرنج سائلة الذكر . وتتعب هذا الأثر في التقنين الألماني بنوع خاص . ثم نرى إلى أي حد أخذ بالنظرية كل من التقنين الفرنسي والتقنين المصري القديم والتقنين المصري الجديد .

أما في التقنين الألماني فقد أخذ المشرع بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، ولكن لا كمنظرية عامة ، بل في مواطن متفرقة . فنص في المادة ١٢٢ على أنه إذا كان إعلان الإرادة باطلاً وفقاً للمادة ١١٨ (إرادة غير جدية) ، أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين ١١٩ (الغلط) و ١٢٠ (الخطأ في نقل الإرادة) ، فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إذا كانت موجهة إلى شخص معين أن يعوض هذا الشخص ، وإذا لم تكن موجهة لشخص ما أن يعوض أي شخص ، عن الضرر الذي أصابه لاعتقاده صحة الإرادة ، دون أن يجاوز مقدار التمييز حد ماله من المصلحة في أن تكون الإرادة صحيحة . وينقطع الالتزام بالتمييز إذا كان من أصابه الضرر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم سبب البطلان

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ١٨ — ص ٢٢ .

أو القابلة للإبطال . وهذا النص تطبيقاً لنظرية الخطأ عند تكوين العقد في فروض معينة : خرض الإرادة غير الجدية وفروض الغلط . ونصت المادة ٣٠٧ من التقنين الألماني على أن الطرف الذي يعلم ، أو يجب ضرورة أن يعلم ، عند إتمام عقد يرمى إلى عمل مستحيل ، باستحالة هذا العمل ، يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي أصابه من جراء اعتقاده بصحة العقد ، دون أن يتجاوز مبلغ التعويض حد المصلحة التي لهذا الطرف في صحة العقد . على أنه لا محل للالتزام بالتعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم ، أو يجب ضرورة أن يعلم ، بهذه الاستحالة . وهذا النص تطبيق آخر للنظرية في فرض بطلان العقد لاستحالة المحل ، ويتميز بأنه يشترط فيه خطأ في جانب الطرف المسئول ، فهو إما أن يكون عالماً باستحالة تنفيذ العقد وفي هذه الحالة يكون سيء النية ، وإما أن يكون في استطاعته أن يعلم بهذه الاستحالة وفي هذه الحالة يكون مقصراً ، فهو مخطئ في الحالتين ومسئوليته مبنية على هذا الخطأ . ونلاحظ أن القانون الألماني إذا كان قد أخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد في الفروض التي قدمناها ، فإنه لم يبين المسؤولية على خطأ عقدي كما فعل إهرنج ، فقد جعل المسؤولية تقصيرية في الفرض الأخير كما رأينا ، وجعلها مسئولية مادية في الفروض الأولى .

أما في التقنين الفرنسي فقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد . واستند سالي في ذلك إلى نص المادة ١٥٩٩ من التقنين الفرنسي ، وهو يقضى بأن بيع ملك الغير باطل ويترتب عليه الحكم إذا كان المشتري يجهل أن الشيء مملوك للغير . فصدر التعويض في هذه الحالة ، في نظر سالي ، لا يمكن أن يكون خطأ من البائع . فقد يكون حسن النية ، وإنما هو عقد ضامن يستخلص من ظروف التعاقد ، إذ أن البائع بإقدامه على البيع يكون قد تعهد ضمناً بكفالة صحة العقد^(١) . على أن جمهرة الفقهاء الفرنسيين لا تأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، وترى في حالة ما إذا كان العقد باطلاً أن من

(١) سالي في الالتزامات في القانون الألماني لفتره ١٦١ — انظر أيضاً في هذا المعنى جوسع كبير

أنى سبب البطلان من جهته لا يكون مسئولاً إلا إذا ثبت خطأ فى جانبه طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية^(١).

والتقنين المصرى القديم كالتقنين الفرنسى لم يؤخذ فيه بنظرية الخطأ عند تكوين العقد^(٢).

وكذلك هو الأمر فى التقنين الجديد . بل إن المشروع التمهيدى لهذا التقنين كان قد تضمن نصاً يقرر هذه النظرية ، فحذف النص فى المشروع النهائى « لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها »^(٣). وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من التقنين الجديد تنص على أنه « فى حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد » ، فليس المقصود من هذا ، كما سنرى ، التمييز عن المصلحة السلبية المعروفة فى نظرية الخطأ فى تكوين العقد ، بل أن يرد كل من المتعاقدين ما تسلمه من الآخر ، دون تمويض عن أية مصلحة إيجابية أو سلبية ، إلا إذا ثبت فى جانب المسئول خطأ تقصيرى ، وإذا تعذر الرد حكم بتمويض معادل . وإذا كانت المادة ١١٩ تنص على أنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . وهذا مع عدم

(١) بلانويول وريير وإسمان ١ فقرة ١٣١ وفترة ٣٢٤ — ومع ذلك انظر فقرة ١٨٩ . مازو ١ فقرة ١١٦ — ١٢١ — هلسراند ص ٧٥ و ص ١٨٩ — ص ١٩٠ . [وانظر أيضاً : مارك ورينو ج ٢ (المجلد الأول) بند ٢١٤] .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٩٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٣ فى الماش — وكانت المادة ٢٠٤ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للبطلان ، فكل الطرف الذى يتسك بالبطلان أن يحوز الطرف الآخر عن الضرر الذى لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد ، دون أن يتجاوز قيمة التمييز قدر المنفعة التى كانت تعود عليه لو كان العقد صحيحاً . ٢ — على أنه لا عمل للتمويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد فى وقوع هذا البطلان ، أو كان يعلم بسببه ، أو ينبغي أن يعلم به . » وقد اقترح فى لجنة الرأى حذف النص لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها . فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣ فى الماش) .

الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليغني نفسه أهليته ، ، فالتعويض هنا ، كما هو ظاهر ، مبنى على أساس المسؤولية التقصيرية ، وهى ترجع إلى الطرق الاختيالية التى استعملها القاصر ، بحيث لو لم يستعملها لما أزم بتعويض لا عن مصلحة إيجابية ولا عن مصلحة سلبية . وإذا كانت المادة ٤٦٨ فى بيع ملك الغير قد نصت على أنه « إذا حكم المشتري بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » ، فذلك لأن المشرع قد اعتبر أن بيع الشخص لشيء غير مملوك له يعتبر فى ذاته خطأ تقصيرياً يوجب التعويض ، ولو كان هذا الشخص حسن النية .

٣١١ - رفض نظرية إهرنج والمراجع إلى فكرة الخطأ التقصيرى دودو الخطأ

العقري : والواقع من الأسر أن نظرية إهرنج كانت من نظريات الضرورة ، قال بها اضطراباً لما ضاق القانون الرومانى عن أن يتسع لحاجات التعامل ، فوسع من فكرة الخطأ ومن فكرة العقد كما رأينا . أما الآن فنحن فى سعة من أمرنا بعد أن تحررنا من قيود القانون الرومانى ، وأصبح كل خطأ موجباً للمسئولية أياً كان هذا الخطأ . فإذا ثبت فى جانب من آتى سبب البطلان من جهته تقصير كان مسؤولاً ، ولن نحار فى تكييف هذه المسئولية ، فهى مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ الثابت .

على أن نظرية الخطأ عن تكوين العقد نظرية غير صحيحة . فهى بين أمرين : إما أن تجعل قيام سبب البطلان فى جانب التعاقد خطأ حتماً ، وقد يكون هذا التعاقد يجهل كل الجهل سبب البطلان ولم يرتكب أى تقصير فى ذلك ، فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحمل التبعة منه إلى الخطأ التقصيرى . وإما أن تفرض عقداً ضمناً بكفالة التعاقد ، ونحن إنما نتأول هذا العقد ونفسر عليه التعاقد قسراً ولا تتمشى فى ذلك مع نيته الحقيقية . على أن هذا العقد الضمنى لا يستقيم لنا فى كل الأحوال . فلو أن سبب هذا البطلان كان القصر أياً يكون القاصر ، وهو غير ملتزم بالعقد الصريح الذى تقرر إبطاله لنقص أهليته ، ملتزماً بالعقد الضمنى الذى يكفل به صحة التعاقد ! وأين قصص الأهلية ! ألا يؤثر فى العقد الضمنى

كما أثر في العقد الصريح ! وقل مثل ذلك في حالة بطلان العقد لعدم جدية الإرادة ، فمن كان هازلاً في العقد الصريح ألا يكون أكثر هزلاً في العقد الضمني ! ثم إن التعويض عن المصلحة السلبية دون المصلحة الإيجابية ينطوي على شيء من التحكم قد يصعب تبرره في بعض الحالات. كذلك الباقي من القومات الثلاثة للنظرية — الخطأ والعقد — في كل منهما انحراف غير مستساغ عن القواعد العامة ، وهو انحراف لم تعد الضرورة تبرره . والقانون الألماني ذاته لم يأخذ ، كما رأينا ، بالنظرية كقاعدة عامة ، بل قصر النص فيها على حالات معينة ، وهو في هذه الحالات حاد عن النظرية في الصميم منها ، فلم يجعل المسئولية عقدية ، بل جعلها تقوم تارة على تحمل التبعة وطوراً على التقصير ، وقد تقدم بيان ذلك .

فالأولى إذن الرجوع إلى فكرة المسئولية التقصيرية في الخطأ عند تكوين العقد ، واعتبار العقد الباطل واقعة مادية قد تستكمل عناصر الخطأ التقصيري فتوجب التعويض . ويكون العقد الباطل ، في هذه الحالة أيضاً ، قد أنتج أثراً عرضياً ، لا باعتباره عقداً ، بل باعتباره واقعة مادية^(١) .

المطلب الثاني

الآثار الأصلية للعقد الباطل

٣١٢ — لأى غرضه يرتب العقد الباطل آثاره الأصلية : قد يرتب القانون في بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية ، لا باعتباره واقعة مادية كما هو الأمر في الآثار العرضية . بل باعتباره عقداً ، فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء . وفي هذا

(١) ثرون الدكتور حلمي بهجت بدوى في أصول الالتزاماتقرة ١٧٤ — فقرة ١٧٩ — ولا ينبى عن البال أتا ، وقد جعلنا المسئولية تقصيرية ، توجب الأخذ بقواعد هذه المسئولية . فيجب على من يطالب بالتعويض إثبات أن العقد الباطل قد استكمل عناصر الخطأ ، لأن الخطأ واجب الإثبات هنا . ويجب أيضاً أن يلاحظ أن الخطأ التقصيرى يختلف عن الخطأ التقصى في الأملية وفي مدى التعويض وفي الإعتذار وفي التضامن وفي الإعفاء الاتفاقي من المسئولية ، وسيأتى بيان هذا كله عند الكلام في المسئولية التقصيرية .

خروج صريح على القواعد العامة ، يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية القانون للظاهر (appearance) لا سيما إذا اصطحب بحسن النية (bonne foi) ، وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل .

فالظاهر المستقر الذى اطمانت إليه الناس في تعاملهم يبق في حماية القانون حتى ولو خالف الحقيقة ، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها . هذا الأصل الجوهرى من أصول القانون الذى تدرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية ونظرية الأوضاع الظاهرة في مختلف تطبيقاتها ، يمتد أيضاً ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً^(١) .

٣١٣ - أمثلة من عقود باطلة ترتب آثارها الوصلية : ونورد بعض الأمثلة على ما قدمناه . فن ذلك الشركة التجارية التى لم تستوف الإجراءات الواجبة قانوناً ، فإنها تقع باطلة ، ومع هذا فقد قضت للمادة ٥٤ من التقنين التجارى بأنه إذا قضى ببطان الشركة ، فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التى تمت قبل طلب البطان تجرى وفقاً لشروط الشركة التى قضى ببطانها . وهذا الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً . ووجه ذلك أن الشركة التى قضى ببطانها تعتبر في المدة السابقة على الحكم بالبطان شركة واقعية (société de fait) ، تنتج الآثار التى تنتجها الشركة الصحيحة ، ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحاً ، ويمضى الشركاء الربح ويحصلون الخسارة ، ويقسمون مال الشركة طبقاً للشروط التى اتفقوا عليها في العقد الباطل .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ من التقنين الجديد من أنه « يبق قائماً لمصلحة الدائنين للرهن الرهن الصادر من المالك الذى يقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان لهذا الدائنين حسن النية في الوقت الذى أبرم فيه

(١) [انظر : الدكتور عبد الباسط جيبى : نظرية الأوضاع الظاهرة (رسالة من القاهرة ١٩٥٦)] .

الرهن» - ويتبين من هذا النص أن عقد الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار الزهوني — إذ أن سند ملكيته قد أبطل أو فسخ أو ألغى لأي سبب — يبقى بالرغم من بطلانه مترتباً عليه آثاره الأصلية، ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن للرهن .

وشبهه بذلك المالك إذا فسخ سند ملكيته ، فإن أعمال الإدارة التي صدرت منه قبل الفسخ ، وبخاصة عقود الإيجار التي لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، تبقى قابعة بالرغم من فسخ سند الملكية بأمر رجى ، وذلك حماية لاستقرار التعامل في أعمال الإدارة .

ويتصل بذلك العقد الصوري ، وهو عقد لا وجود له ، ومع ذلك يقوم بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه^(١) . وكالعقد الصوري تصرفات الوارث الظاهر ، فإنها تبقى رعاية لاستقرار التعامل . وهناك تطبيقات أخرى كثيرة للبدا القاضى بأن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون (error communis facit jus)^(٢) .

المبحث الثاني

الإجازة والتقدم

٣١٤ — مقارنة بين العقد الباطل والعقد القابل للإبطال من حيث الإجازة

والتقدم : العقد الباطل لا وجود له منذ البداية ، فلا يتصور أن تلحقه الإجازة أو أن يتقدم الدفع ببطلانه . أما العقد القابل للإبطال فهو في مرحلته الأولى ، كما رأينا ، يرتب

(١) انظر قس مدني في ١٩٦١/٤/٢٠ مجموعة أحكام القس ١٢ رقم ٥١ من ٣٧٦ — وقد ورد بهذا الحكم أن قضاء محكمة القس قد جرى على أن الغير حسن النية أن يمسك بالعقد الظاهر ولا يجوز أن يحاج بورقة غير مسجلة قيد القابل من المصلحة متى كان لا يتم بصورة عقد يملك البائع له ، ولو كان مؤشراً بمضمونها على هامش تسجيل العقد الظاهر المسجل .

(٢) انظر في إيضاح هذا المبدأ وفي تطبيقاته : ديموج ج ١ بند ٢٧٦ وما يليه — ص ١٦٦ ج ١ بند ٤٥ — ورسالة «الأوضاع الظاهرة في القانون المدني» للدكتور عبد الباسط جيمي السابق بالإجازة إليها) — ومارق وريجو ج ١ بند ١٠٩٩ حيث يشيران إلى أن مبدأ الخطأ الشائع ونظرية الأوبسك الظاهرة من شأنها الحد من أثر البطلان .

جميع آثاره كالتقد الصحيح ، وإنما يكون لأحد المتعاقدين الحق في طلب إبطاله . ونزول هذا الحق بالنزول عنه ، وهذه هي الإجازة ، أو باقضاء مدة معينة دون أن يستعمل ، وهذا هو التقادم — فالتقد القابل للإبطال إذن ، خلافاً للتقد الباطل ، تلغيه الإجازة ويرد عليه التقادم^(١).

وغسل الآن ما أجلناه .

المطلب الأول

* الإجازة (Confirmation)

§ ١ — المقد الباطل

٣١٥ — المقد الباطل لا تلغى الإجازة : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وتظهر أهمية التفريق بين البطلان المطلق والبطلان النسبى من وجوه : (ب) وما دام البطلان المطلق يستتبع اعتبار المقد معدوماً ، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة . ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للبطلان ، فهي تصحح بالإجازة ، ولو كانت ضمنية ، بشرط أن تتوافر شروط صحتها وقت الإجازة (كيلوغ المتعاقدين الفاسر سن الرشد وقت الإجازة مثلاً) وأن تكون الإجازة ذاتها منزوعة عن العيب . إذ ينبغي أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها باعتبارها تصرفاً قانونياً . وإذا كان أثر الإجازة يستند أو ينطفئ على الماضى ، إلا أنها لا تضر بحقوق الغير . فلا تضر الإجازة مثلاً من يشتري عقاراً كان قد سبق للمالك بيعه ، إذا كان الصراء قد تم بعد صدور البيع الأول وقبل إجازة هذا البيع . ولا كان التدليس والإكراه من قبيل الأضرار الصارة التى تلحق بها صفة التصغير المدنى ، فيظل مركبهما مشغولاً عما وقع منه بمقتضى القواعد العامة ، رغم إجازة القاعد الآخر للتصديق ، ما لم تطو الإجازة على إسقاط هذه المسؤولية . (ج) وما دام المقد المطلق البطلان معدوماً ، أو غير موجود ، فلا يتصور أن يرد عليه التقادم . وعلى التفتيش من ذلك ينضم البطلان النسبى باقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إنشاء المقد ، أو باقضاء ثلاث سنوات من تاريخ زوال نفس الأهلية أو تبين النقص أو التدليس أو إقصاع سلطان الإكراه . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٢٥٦ — ٢٥٧) .

* [يراجع : يمان ج ٨ بند ٢٢٨ — دى باج ج ٢ بند ٧٩٢ — مارتى وريجو ج ٢ بند ٢٠١ — بولساو في موسوعة فالوز (مدنى) ج ١ تحت كلمة « إجازة » — جيل الصر قلاوى ص ٣٨٤ — ٣٩٣] .

التقنين الجديد على أنه «إذا كان القيد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطالان، والمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة»^(١).

والقيد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معلوم^(٢)، والعدم لا يصير وجوداً ولو أجزى. وإذا كانت المادة ٤٨٩ من التقنين الجديد قد نصت على أنه «إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لبيب في الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه»، فإن ذلك يحمل على أن القانون هو الذى يبين الجزاء على مخالفة الشكل كما قدمنا، فيجوز أن يحمل القيد الباطل لبيب في الشكل قابلاً لأن تلحقه الإجازة. أو يقال إن الهبة الباطلة من ناحية الشكل يتخلف عنها، بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته، التزام طبيعى، إذا قام أحد منهم بتنفيذه مختاراً كان هذا وفاء لا يسترد طبقاً لقواعد الالتزام الطبيعى^(٣).

٣١٦ — ولكن يجوز محمد مع جبرير: وإذا كان القيد الباطل لا تلحقه الإجازة، فإن هذا لا يمنع من أن يصاد عمله من جديد. وهناك فرق بين الإجازة (confirmation) وعمل القيد من جديد (refection)^(٤). فالإجازة، كما سنرى، عمل قانونى صادر من جانب واحد هو الجيز، ولها أثر رجعى يستند إلى وقت نشوء القيد المجاز. أما عمل القيد من جديد فيقتضى توافق الإرادتين لأنه عقد جديد، ويكون تاريخ هذا القيد من وقت

(١) انظر تلخيص النسخ فيما يلي (فقرة ٣١٩ في الماش).

(٢) ولعلنا لا تجوز إجازة القيد الذى يكون بطلانه راجعاً إلى تخلف المحل أو عدم مشروعية السبب أو انعدام الرضا: انظر ملحق ورنو ج ٢ بند ٢٠١ [٢٠١].

(٣) وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأن الهبة الباطلة شكلاً ليست مجردة من كل الآثار الثانوية، إذ يخضع عنها التزام أدى في ذمة الواهب، بمعنى أنه إذا أوفاه لا يمتنع استرداده، وبمعنى أنه يتقلب التزاماً مديناً إذا حصل استبداله (٣٠ مايو سنة ١٩٣٠ المحل ١١ رقم ٣٧٤ من ٦٥٢).

(٤) كما يوجد فرق بين هذين وبين إقرار القيد (ratification). فإقرار القيد عمل قانونى صادر من جانب المقرر، وهو من الغير، فيجعل القيد بهذا الإقرار سارياً في حقه، كالك الذى يقر بيع الغير للملك، وكلواكل يقر عقداً أمره الوكيل بمجاوزاً فيه حدود الوكالة. [انظر حى باج ج ٢ بند ٧٩٢].

صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل . وذلك يجب توافر الأهلية في كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد ، ويكتفى بتوافرها في المميز وقت الإجازة .

§ ٢ — العقد القابل للإبطال

٣١٧ — العقد القابل للإبطال ملحق بموازاة : نصت المادة ١٣٩ من القانون الجديد على ما يأتي :

١ — يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية .

٢ — وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير .^(١)

وقد قلنا أن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال لأن له وجوداً قانونياً مادام بطلاً

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١ — العقد البطلان بطلاناً نسبياً تصحبه الإجازة الصريحة كما تصحبه الإجازة الضمنية . ولا يحل الإجازة على الأخص إذا تم العقد مختاراً من له الحق في طلب البطلان وهو عالم بذلك . ويشترط لإجازة العقد أن توافر فيه وقت الإجازة الشروط اللازمة لصحته ، وأن تكون الإجازة ذاتها خالية من كل عيب . » — وتنسحب الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير . » . وفي لجنة المراجعة حور النص تجوراً لفظياً ، وأصبح رقم المادة ١٤٣ في المشروع النهائي ، ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون الذي لمجلس الشيوخ تقرر أن تكون الفقرة الأولى من المادة كما يأتي : « يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية » مع حذف بقية الفقرة لأن في القواعد العامة ما يضي عن إيرادها . ثم انتقلت اللجنة إلى الفقرة الثانية من المادة فساءل الرئيس كيف تحمل الإجازة بحقوق الغير ، فأجيب بأن ذلك يحقق مثلاً في حالة شخص باع منزله مرتين وكان البيع الأول قابلاً للإبطال ، فرأى البائع إجازة هذا العقد ، فلكفى الثاني يجب حياجه لأن التصرف الثاني يعتبر بمثابة تنازل عن حق الإجازة ، وذلك يجب عدم اتخاذ الإجازة في حق المشتري الثاني . وبعد مناقشة طويلة انتهى رأى اللجنة إلى استبقاء الفقرة الثانية متضمنة عبارة « دون إخلال بحقوق الغير » ، وأقرت اللجنة النص في النهاية على الوجه الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٣٩ — ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال المصيرية ٢ ص ٢٤٠ — ص ٢٤٦) .

وعاين النص في القوانين المدنية العربية الأخرى : السوري م. ١٤٠ (مطابق) — الليبي م. ١٣٩٠ (مطابق) — العراق م. ١/١٣٦ (موافق) — الحبشي م. ٢٣٦ — م. ٢٣٧ (موافق) .

لم يقرر ، وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال ، فإذا لحقته الإجازة استقر^(١)

والإجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد ، فلا حاجة لاقتزان قبول بها ، ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر^(٢).

والذي يميز العقد هو الذي يثبت له الحق في التمسك بالبطان . فناقض الأهلية ومن شاب رضاه عيب هما اللذان تصدر منهما الإجازة . وهذا ما يقضى به للنطق القانوني ، لأن الإجازة نزول عن التمسك بالبطان ، ولا ينزل عن الحق إلا من يملكه^(٣) . ويجب في المميز وقت الإجازة أن يكون كامل الأهلية بالنسبة إلى العقد الذي يميزه^(٤) ، وألا تشوب الإجازة — وهي عمل قانوني كما قلنا — عيب من عيوب الإرادة ، غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذي قرر القانون من أجله البطان ، فناقض الأهلية لا يستطيع إجازة العقد ما دام ناقص الأهلية ، فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك . ومن شاب رضاه عيب لا تكون إجازته صحيحة ما دام تحت تأثير هذا العيب ، حتى إذا انكشف الغلط أو انقضى التدليس أو ارتفع

(١) قضت محكمة النقض بأن الإجازة ليست منسقة للعق بل هي لإزالة الناقص الذي منع من تاد التصرف : قضى مدني ١٩٥٧/٢/٧ — مجموعة أحكام النقض السنة ٨ رقم ١٥ ص ١٢٦ — كما قضت بأن الأصل هو الصحة في التصرفات المالية الفائرة بين النفع والضرر وكذلك الإجراءات القضائية المتعلقة بها التي ياتسرها القاصر أو نائبه الذي ينقصه الإذن في مباشرتها ، ما لم يقض بإبطالها لصالحه ناقص الأهلية دون الطرف الآخر : قضى مدني ١٩٥٠/١٢/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢ رقم ٣١ ص ١٦٢ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥ .

(٣) وشذ به مالك الفهر . إذ يجوز فيه أن تصدر الإجازة من المالك الحقيقي مع أنه لا يملك التمسك بالبطان . ويفسر هذا على البطان في بيع مالك الغير ، وهي ترجع إلى أن هذا البيع لا ينتقل الملكية له الشئري ، فإذا أجاز المالك الحقيقي لم يند هناك مانع من انتقال الملكية ، فحقن هذه البطان ، فيزول

(٤) انظر قضى مدني ١٩٥١/٢/٤ (مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٥ ص ٢٨٩) : الإجازة تصرف قانوني يتضمن إسقاطاً لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية . ولهذا فإن الإجازة الصادرة من القاصر بعد قرار المجلس المحمي باستمرار الوصاية عليه تكون عديمة الأثر قانوناً .

الإكراه تحت الإجازة بعد ذلك^(١).

وتكون الإجازة صريحة أو ضمنية^(٢). ولا يشترط في الإجازة الصريحة أن تشتل على بيانات معينة (قارن م ١٣٣٨ من التفتين المدني الفرنسي)، بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح^(٣)، بشرط أن تكون نية المجيز في الإجازة واضحة^(٤). والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطان^(٥)، أو بإتيانه عملاً مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطان^(٦)، أو بتصرفه تصرفاً يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد كما

(١) [انظر دي باج ج ٢ بند ٧٩٦ — وملرن ورينو ج ٢ بند ٢٠٢ وحكم النفس الفرنسي الصادر في ١٦/٣/١٩٤٨ — المشار إليه في هذا المرجع — ويلفس ملرن ورينو الشروط الموضوعية للإجازة في أن الإرادة يجب أن تكون سليمة ومسبة. ذلك بأن الإجازة تكفى عمل قانوني يجب أن يكون لها سبب، بمعنى أن يكون المجيز عالماً باليبب وأساساً تصحجه].

[وانظر نفس مدني ١١/٢٦/١٩٥٣ (مجموعة أحكام النفس ٥ رقم ٢٨ من ٢٠٣ — حيث قضى بأن الإجازة التي تصح العقد القابل للبطان هي التي تصدر من يملكها وهو عالم باليبب الذي يشوب العقد، وأن يكون قاصداً لإجازته. فجرد توقيع سيده على محضر جرد التركة بصفتها الشخصية وبعضها وصية على ابنتها القاصر لا يفيد إجازتها للعقد الصادر من مورثها، ذلك أنها ما كانت تملك إجازة العقد بصفتها وصية دون إذن من المجلس المسى، كما أن مجرد توقيعها على محضر الجرد لا يفيد أنها كانت تعلم بأن العقد الصادر من مورثها قد صدر منه وهو ناقس الأهلية وأنها أرادت من التوقيع إسقاط حقها في الطعن على ذلك العقد].

(٢) [انظر: دي باج ج ٢ بند ٧٩٧ وما بعده].

(٣) [انظر في الاختلاف على عدم التمسك بالبطان: مقال (بوزا) Bousat في المجلة الاستثنائية سنة ١٩٣٤ من ٣٥٠ وما بعدها].

(٤) استئناف مخطوط في ١٧ يولية سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٤١٧ — وفي ٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ من ٢٦١ — والتون ١ من ١٤٩.

(٥) استئناف مخطوط في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ من ٥٨ — وفي ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٣١.

(٦) كيناه على الأرض التي اشتراها. وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن استيلاء الفريق على الجزء الفرز الذي وقع في نصيبه بعد القصة وقيامه فيه بالأعمال التي يقوم بها المالك في ملكه بعد أن كشف لليبب الذي شاع عند القصة يعتبر إجازة ضمنية للعقد (٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٤١٧) — كذلك بعد إجازة ضمنية لقصة استيلاء القاصر بعد بلوغه سن الرشد على ربح الجزء الفرز الذي وقع في نصيبه في قصة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية وقت أن كان قاصراً، واستمراره مدة طويلة على هذه الحال.

إذا اشترى قاصر عيناً وبعد البلوغ تصرف فيها باعتباره مالكاً وهو عالم بأن له حق إبطال العقد الذي اشترى به العين^(١). وعبد إثبات الإجازة يقع على الطرف الآخر غير

[=] وانظر مارتو وريتو ج ٢ بند ٢٠٢ من ١٨٥ حيث يشاءان عما إذا كان الكوئ عن التمسك بالطلاق إلى أن تحضى مدة التقدم يمكن اعتباره إجازة ضمنية . وانظر دى باج ج ٢ بند ٨٠٠ حيث يرى أن الإجازة في هذه الحالة تكون مقترضة ولكنه اقتراض يقبل الدليل العكسى لأن الطلاق يمكن التمسك به دائماً عن طريق الدفع .

(١) استئناف مخطط في ٧ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ١٨٤ — وفي ٧ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٢١٥ . وتصرف البالغ في الثمن إجازة ضمنية لبيع قابل للإبطال (استئناف مخطط في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٣٦٥) . وسماح القاصر بعد بلوغه سن الرشد لوكيله بالاستمرار في الإدارة لإجازة ضمنية لعقد الوكالة (استئناف مخطط في ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ من ١١٤) . واضم القاصر بعد بلوغه سن الرشد لايه في طلب قسمة عقار مشترك بينهما إجازة ضمنية لقسمة تحت دون مراعاة الإجراءات القانونية قبل بلوغ القاصر سن الرشد (استئناف مخطط في ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ١٧٥) . واستتجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد للعقار الذي باعه وهو قاصر لإجازة ضمنية لبيع (استئناف وطني في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥٣ من ١٢٣) [وتوقيع القاصر ضد بلوغه سن الرشد على عقود البيع المصادرة من المتقاسمين معه والشار فيها إلى أن أصل التملك يرجع إلى عقد القسمة الذي أبرمه وهو قاصر ، يعتبر إجازة ضمنية لقسمة (قضى مدنى ١٩٦٢/٥/٣ مجموعة أحكام الترضى ١٣ رقم ٨٩ من ٥٨٥)] .

ولا يعتبر تنفيذ الالتزام مع التمسك الصريح لإجازة ضمنية (استئناف مخطط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ من ٤٥) — ومجرد الكوئ عن طلب الطلاق لا يعتبر إجازة مهما طالت المدة ، إلا إذا سقط الحق بالتقدم (استئناف مخطط في ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٤٦ — وفي ١٥ يوفية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٤٢٢) ، عالم يفهم من هذا الكوئ أن التمسك قد نزل عن طلب الطلاق (بنى سوف الجزئية في ٣١ مارس سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ من ١٣٣) — ولا يعتبر إجازة ضمنية أن يدفع التمسك بوجه من وجوه الطلاق وترك الوجوه الأخرى (استئناف مخطط في ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ٢٨٥) ، ولا دخول التمسك في مفاوضات للصلح لم تكن متجة (استكندرية المخططة التجارية في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١ من ٤) ، ولا الإنشاء على محضر حصر الشركة المشار فيه إلى العقد القابل للإبطال ما دام من أمضى لا يقصد يلغائه إجازة العقد . [انظر حكم قضى ١٩٥٣/١١/٢٦ المشار إليه فيما سبق (هامش ١ من ٥٦٨) — وقد قضت محكمة الترضى أيضاً بأن الطعن بالتزوير على العقد لا يحول دون طلب بطلان التصرف لبيع في أهلية المتصرف بعد الإخفاق في الادعاء بالتزوير لاختلاف نطاق مرمى كل من الطعنين [فهذا متعلق بالتصرف وذلك بالظهر المثبت له] ولأن الطعن بتزوير العقد لا يتضمن في ذاته إقراراً من الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد تزوله عن حقه في الطعن بعد ذلك في التصرف ذاته لبيع في هذه الأهلية : قضى مدنى ١٩٦٢/٢٢/١٥ مجموعة أحكام الترضى ١٣ رقم ٢١ من ٢٦٨] .

المحيز^(١)، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله أن يشتها بجميع الطرق ولو بالينة أو بالقرائن^(٢).

٣١٨ - أثر الإجازة : وإذا أجاز المقعد القابل للإبطال ، زال حق التماقذ في التمسك بإبطال المقعد واستقر وجود المقعد نهائياً غير مهدد بالزوال . وهذا منتهى أن المقعد يتقلب صحيحاً بوجه بات . ويصير صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة ، لأن الإجازة أثر رجعي^(٣) . ولكن هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين التماقذين ، لا بالنسبة إلى الغير عن كسب حقاً عينياً على الشيء موضوع المقعد^(٤) . فلو أن قاصراً باع عيناً ، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للبيع رهن العين ، فإن إجازته للبيع بعد ذلك لا تضر المالك للرهن ، وتنقل العين إلى المشتري متقلة بحق الرهن^(٥).

- (١) [انظر دي باج ج ٢ بند ٨٠١ - وقد قضت محكمة النقض بأن عبء إثبات الإجازة يقع على غائب مدعيها (نقض مدني ١٩٥٣/١١/٢٢ - مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٨ من ٢٠٣)] .
- (٢) بلانويول وريير وإسمان ١ فقرة ٣٠٦ [وانظر دي باج ج ٢ بند ٨٠١] - وقارن دي هلتس ١ - : لفظ "confirmation" - فقرة ١٧ - [على أنه إذا كانت الإجازة صريحة ، ويجب تطبيق القواعد العامة في شأنها ، من حيث عدم جواز إثباتها بالينة متى كانت قيمة التصرف أكثر من عشرة جنيهات (انظر الجزء الثاني من الوسيط بند ٢٩٣) وإنما يجوز إثبات الإجازة بكافة الطرق إذا كانت مستفادة من واقعة مادية إذ ينصب الإثبات في هذه الحالة على تلك الواقعة الحالة على الإجازة] .
- (٣) [يرى بعض الفراح أنه ليس للإجازة أثر رجعي لأن المقعد صحيح مالم يطل . والإجازة تؤدي إلى استمراره في إنتاج أثره كقصد صحيح . وإنما يستند الأثر الرجعي للإبطال : انظر دي باج ج ٢ بند ٨٠٢ ص ٢٢٥ . هلتس ٥ و ٦ وحشمت أبوسبت آخر بند ٢٦٥] .
- (٤) [انظر : دي باج ج ٢ بند ٨٠٢ و ٨٠٣] .

(٥) ويرى بعض الفقهاء هذا الرأي على أساس أن من تصرف إليه القاصر ينتقل إليه (نتيجة لذلك) الحق في التمسك بإبطاله ، فلا يضار بالإجازة لأنها تزول عن حق الإبطال وقد تجرد عنه ودخوله إلى من تصرف له ، فتكون بهذه الحالة تنازلاً عن الحق ممن لم يجد يملكه [رأى مولون ج ٢ بند ٢٥٩٤ (وإيضاً) والله أوردته جودزي وبارد ج ٣ بند ٢٥٠ - وانظر ماري وريو ج ٢ بند ٢٠٣ - ودي باج : للرجوع السابق في هس للوضع] .

ومن الفقهاء من يقول بعكس هذا الرأي على التفرغ الآتي : البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يتقرر بطلانه ، ولذلك تنتقل الملكية إلى المشتري ، ويكون الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغه سن الرشد صحيحاً

والإجازة لا تتناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة ، فإن كانت هناك غيوب أخرى
يقرب باب الظن مفتوحاً من أجلها . ومن ثم إذا تداخل قصر وكان واقعاً في غلط ، وأجلاً
المقدّر بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية ، يقي له الحق في إبطال العقد للنقض .

المطلب الثاني

التقادم

١٤ — العقد الباطل

٣١٩ — دعوى البطلان تسقط بالتقادم : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤١ من
التقنين الجديد على ما يأتي : وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت
المقدّر (١)

— صادراً من غير ملك ، فلا يسرى في حق المالك وهو المشتري ، ويؤيد إجازة البيع بتفقد العين نهائياً إلى
المشتري خالية من الرهن (بلانيول ٢ فقرة ١٣٠٢) .
[وانظر أيضاً بودري وبارد ج ٣ بند ٢٠١٥ — ٢٠٢٣ — ولوران ج ٢٨ بند ٦٥٧] .
هنا وإذا كان العقد القابل للإبطال من شأنه أن يفسر حتى يصير حجة على الغير ، فلا حاجة لإعانة شهره
بعد إجازته ، ويبقى الشهر الأول حافظاً لحجيته (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٢ من ٤٦٨ — بودري
وبارد ٣ فقرة ١٩٩٢) .

(١) تاريخ النص (المادة ١٤١ بفقرتها) : ورد هذا النص في المادة ١٩٤ من المشروع التمهدي
على الوجه الآتي : « للمتقدين والنفق المأم والمباين والمباين التمسك بأوجه البطلان الواردة في المادة
التي تليها » . كما أن المحكمة أن قضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، وهذا البطلان لا تلحقه الإجازة ولا يزول
بالتقادم . وفي لجنة للرجعة عدل صدر المادة واستعملت عبارة « كل ذي مصلحة » لأنها أكثر شمولاً
من النصير الوارد في النص الأصلي . وطرحتم مسألة زوال البطلان بالتقادم ، وبعد المناقشة والرجوع إلى
الاستفتاءات قررت اللجنة أن تسقط دعوى البطلان بالتقادم ، ولكن ألغى بالبطلان لا تسقط . مثال ذلك
حجة بطلان شكلاً إذا لم يسلم الواهب الشيء للوهاب ، ونقض على الحجة أكثر من ١٥ سنة ، ورفض الوهاب
له دعوى مطالب بالوهاب بتعويض عقد الحجة الباطل ، فلو اذهب أن يرفع بالبطلان حتى بعد مرور ١٥ سنة .
أما إذا كان الواهب في هذا المثال قد سلم الحجة للوهاب له بعد سنتين مثلاً من وقت العقد ، ثم انقضت
١٣ سنة من وقت التسليم ، وأراد الواهب أن يرفع دعوى يبطلان الحجة ، فلا يجوز له ذلك ، لأن دعوى
البطلان تكون قد سقطت بمضي ١٥ سنة من وقت الحجة . ويلاحظ أن التقادم هنا هو التقادم المطلق ،
لا التقادم النسبي الذي يقتضي أن الواهب له بعد تسلم الحجة يضع يده عليها خمس عشرة سنة . وأقرت

وكان للنطق بقضى بأن البطلان الطلق لا يزول بالتقادم ، لأن العقد الباطل معلوم ، والعدم لا يتقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد . وقد كان هذا رأينا في عهد التقنين القديم ^(١) . ولكن التقنين الجديد ، تمشياً مع محكمة النقض الفرنسية ^(٢) ومع بعض الفقهاء الفرنسيين ^(٣) ، قرر أن دعوى البطلان الطلق تسقط بالتقادم بأقضاء خمس عشرة سنة من وقت العقد ^(٤) . وكان للشروع التمهيدى للتقنين الجديد (م ١٩٤) يقضى بأن البطلان الطلق لا يزول بالتقادم ، فمكس للشروع النهائى الحكم ، وانتقل الحكم مكسواً إلى التقنين الجديد على النحو المبين فى الأعمال التحضيرية ^(٥) .

فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة ، ثم رفع ذو مصلحة دعوى

== لجنة المراجعة من المادة بعد إضافة فقرة ثانية على النحو الآتى : « وتسقط دعوى البطلان بقضى خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به » ، وأصبح رقم المادة ١٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص بعد تعديلات . وحذفت لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ عبارة « دون الدفع به » من الفقرة الثانية لأن من المنطق عليه أن الدفوع لا تقادم . وأصبح رقم المادة ١٤١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٠ - ص ٢٥٣) .

وقابل النص فى التثبيتات المدنية البرية الأخرى : السورى م ١٤٢ (مطابق) - اللي م ١٤١ (مطابق) - العراق م ١٤١ (مطابق للفقرة الأولى ولا مقابل للفقرة الثانية) - لبنان لا مقابل .

(١) نظرية العقد للوالت فقرة ٦٢٥ . [وقد قررت محكمة النقض أن قضاءها كان قد جرى على أن العقد المشوب ببطلان أصل متعلق بالنظام العام هو فى نظر القانون لا وجود له . ولما كان التقادم لا يصح إلا ما كان له وجود وكان العقد الذى يتسك به الطاعن هو عقد بيع فبني رهنأ فان مثل هذا العقد لا يتقلب صحيحاً مهما طال الزمن ومن ثم لا يمكن للتقادم أثر فيه ولصاحب الشأن دائماً أبداً رفع الدعوى أو الدفع ببطلانه ويكون الحكم الطعون فيه إذ يقضى برفض الدفع بسقوط الحق فى رفع الدعوى ببطلان عقد البيع المذكور لم يخالف القانون . أما تحدى الطاعن بنس المادة ١٤١ من القانون المدنى الجديد فلا يهدى له فصرح جديد لا يسرى على واقعة الدعوى : قطن مدنى فى ١٧/٤/١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ١٣٩ (١٩٤٤)] .

(٢) نص فرنسى فى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ دالوز ١٨٨٠ - ١ - ١٤٥ .

(٣) بلانول وريير وإيمان ١ فقرة ٣١٠ .

(٤) أظنر أيضاً فى هذا النص : الدكتور طلى يهجت بدوى فقرة ١٦١ .

(٥) أظنر تلرخ من المادة ١٤١ والأعمال التحضيرية الخامسة بها ، وقد سبق ذكرها فى الصفحة السابقة فى هامش هذه الفقرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٠ - ص ٢٥٣) .

البطلان ، أمكن دفعها بالتقادم . ذلك أن أوضاعاً قد استقرت منذ صدور النقد الباطل ، وقيمت دهرأ طويلاً ، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان . ولكن هذا لا يبنى أن النقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً ، فهو لا يزال باطلاً ، ولكن الدعوى يبطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم .

٣٢٠ — ولكن الرفع بالطور لا يسقط بالتقادم : ولأن النقد الباطل لا ينقلب صحيحاً بالتقادم ، بل يبقى كما كان دائماً معدوماً ، فالرفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة^(١) . فإذا باع شخص أرضاً ، وكان البيع باطلاً ، ولم يسلم الأرض للمشتري ، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم . ولكن ما دامت الأرض في يده ولم يسلمها للمشتري ، فهو في غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان . وإذا رفع للمشتري دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض ، استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، لأن الدفع بالبطلان لا يسقط كما قدمنا .

وحتى إذا سلم البائع الأرض للمشتري ، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشتري ، لا بدعوى بطلان البيع فقد سقطت

(١) [أنظر بيدان ج ٨ بند ٢٨٧ — ودی باج ج ٢ بند ٧٨٤ في بيان معنى ومدى قاعدة عدم سقوط الدفوع بالتقادم — ومارتي وريزو ج ١ بند ١٥٨ و ١٧٧ — ج ٢ بند ٢٠٩ — ورسالة ديسو (Desaux) عن مبدأ دوام الدفوع وارثيلله بالمادة ١٣٠٤ مدني فرنسي (باريس ١٩٣٧) — وجيل الشرطوى ص ٣٩٤ حيث يذكر أن هذا المبدأ وإن لم يرد في نصوص التقنين المدني الجديد إلا أن الأعمال التفسيرية تكشف عن اتجاه للصرح إلى الأخذ به كسلم — لا يحتاج إلى نص — وقد كانت المادة (١٤٥) من مشروع القانون تضمن نصاً بهذا المعنى غير أنه حذف حتى لا يثير وروده في باب البطلان باقيات شبهة في أن الدفوع تسقط في غير ذلك : انظر مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ٢٥٣] .
[هنا . وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم أبداً لأن الدفوع لا تتقادم . وذكرت في هذا المقام أن النقد الباطل يظل معدوماً ولا ينقلب مع الزمن صحيحاً وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضي المدة الطويلة أما إذا أثبت البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالنقد الباطل فلا يجوز مواجهته بالتقادم (انظر نفس مدني ١١/٤/١٩٥٧ — مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤١ ص ٤٠٤)] .

هذه الدعوى بالتقادم ، ولكن يدعى الاستحقاق وهي لا تسقط أبداً . فإذا تمسك المشتري في دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل ، دفع البائع بطلان البيع ، والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا . فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض ، ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب ، وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان^(١) . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية المحضة ، أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان ، وهي دعوى شخصية يسيرة الإثبات ، مضطراً لأن ينتقل إلى دعوى الاستحقاق ، وهي دعوى عينية أكثر تعقيداً وأصعب إثباتاً .

وكذلك للمشتري إذا كان قد دفع الثمن في بيع باطل ، وأراد استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع ، جاز أن يسترده ، لا بدعوى بطلان البيع ، ولكن بدعوى استرداد ما دفع دون حق . فإذا تمسك البائع في دعوى الاسترداد بالبيع الباطل دفع للمشتري ببطلانه وهو دفع لا يسقط . فيتمكن المشتري عن طريق دعوى استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن ، ما لم تسقط دعوى الاسترداد ذاتها بانقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من وقت دفع الثمن لا من وقت صدور البيع^(٢) .

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذى أثر كبير . فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلّمه ولا من استبقائه إذا كان لم يسلمه ، ولا يمنع المشتري من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . أما إذا فقد البائع حقه في استرداد المبيع ، أو ضاع على المشتري حقه في استرداد الثمن . فإن ذلك لا يرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان . بل إلى

(١) وهنا بخلاف ما إذا كان المقدم قابلاً للإبطال ، فإن بطلان المقدم يزول بالتقادم كما سئف . وفي المثل الذي نحن بصدده ، لو كان البيع قابلاً للإبطال وتقدمت الدعوى ، فإن المشتري يكسب ملكية الأرض ، لا عن طريق التقادم المكسب لكن للملكية ، بل عن طريق غصب البيع ذاته الذي غلبه التقادم عليه .

(٢) [مع مراعاة حكم المادة ١٨٧ من القانون المدني التي تضيي بسقوط دعوى الاسترداد بمضي ٣ سنوات من يوم علم اللوق بحقه في الاسترداد] .

التقادم المكتسب لحق الملكية أو التقادم للسقط الدعوى الاسترداد^(١)

§ ٢ — العقد القابل للإبطال

٣٢١ — الدعوى والرفع يسقطان بالتقادم : نصت المادة ١٤٠ من القانون الجديد

على ما يأتي :

« ١ — يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ».

« ٢ — ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا

السبب ، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يتكشف فيه . وفي حالة الإكراه من

يوم انقطاعه . وفي كل حالة لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا

انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد »^(٢).

(١) أنظر الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ١٦١ ص ٢٤٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ — لا يجوز الطعن في عقد باطل بطلاناً نسبياً إذا لم يتم من له حق الطعن فيه بإعلان البطلان لطرف الآخر في ظرف ثلاث سنوات . ٢ — ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب البطلان عدم توافر الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب ، وإذا كان سبب البطلان وجود غلط أو تدليس فمن الوقت الذي يتكشف فيه الغلط أو التدليس ، وإذا كان سبب البطلان هو الإكراه فمن اليوم الذي ينقطع فيه الإكراه ، وإذا كان السبب هو الاستغلال فمن اليوم الذي يتم فيه العقد . وفي كل حال لا يجوز التمسك بالبطلان لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمسة عشر عاماً من وقت تمام العقد . ٣ — ويسقط كذلك بالتقادم الدعوى التي يراد بها إلتباس الالتزامات في حالة الاستغلال إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت العقد » . وأدخلت لجنة المراجعة في النص بعض تعديلات لفظية . وأصبح رقم المادة ١٤٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ حذفت من الفقرة الثانية الإشارة إلى الاستغلال وحذفت كذلك الفقرة الثالثة بأكملها ، لأن حكم سقوط الحق في رفع الدعوى القريبة من الاستغلال قد واجهته الفقرة الأولى من المادة ١٣٣ (م ١٢٩ فقرة ثانية جديد) . وأصبح رقم المادة ١٤٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٦ — ص ٢٤٩) .

ويقابل النص في التتبعات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٤١ (يسقط بسنة واحدة) . الليبي ١٤٠ ع (مطابق) — المرافق م ١٣٩/٢ و ٣ . (العقد موقوف وينفذ إذا لم ينقضى في ثلاثة أشهر) اللبناني م ٢٣٥ (يسقط بغير سنوات) .

ومن هذا النص يتبين أن الحق في إبطال العقد يسقط بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة حسب الأحوال . فإذا اقتصت هذه اللدة اقلب العقد صحيحاً ، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع^(١) . وهكذا يستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهدداً بالزوال . ويصبح العقد في حكم المجاز ، يثبت وجوده منذ صدوره ، إذ للتقادم أثر رجعي كما للإجازة . ولكن هناك فرقاً بين عقد لحقته الإجازة وعقد زال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير . فقد قلنا أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير ، أما في زوال البطلان بالتقادم لحقوق الغير تتأثر . مثل ذلك أن يبيع قاصر عيناً ، ولا يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد ، فيتقادم البطلان ويذول ، ويستبر البيع صحيحاً منذ صدوره . فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل تقادم البطلان رتب على العين رهناً ، ثم تم التقادم ، فإن ملكية العين تخلس للمشتري غير مثقلة بحق الرهن . وهذا عكس ما قرره في حالة الإجازة .

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل وتقدمها في العقد القابل للإبطال . فقد قلنا أن تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل لا يقلب العقد صحيحاً ، بل يبقى العقد باطلاً ، ولكن دعوى البطلان هي التي لا يجوز سماعها لتقدمها . أما تقادم البطلان في العقد القابل للإبطال فيقلب العقد صحيحاً كما رأينا ، ويبقى العقد مرتباً لجميع آثاره بوجه بات .

٣٣٢ — مدة التقادم : وقد كانت مدة التقادم في العقد القابل للإبطال في التقنين القديم خمس عشرة سنة تسرى من وقت صدور العقد . وقد رأى التقنين الجديد أن هذه مدة طويلة يبقى في خلالها العقد غير مستقر ، ومن أجل ذلك جعل المدة ثلاث سنوات

(١) ويلاحظ أن الدفع بالإبطال في العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان في العقد الباطل في أن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى وكفك هو في صورته ، إذ سيختد ، من ناحية الإجراءات ، صورة دعوى فرعية يجيبها للدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد ، أما الدفع في الحالة الثانية فهو دفع عرض من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات . ومن ثم فلنقدم بالإبطال بتقادم ، لأنه دعوى والدعوى يرد عليها التقادم . أما الدفع بالبطلان فلا يتقدم ، لأنه دهم والدعوى لا تقادم .

قط ، يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته ، أو من وقت انكشاف النلط أو التدليس ، أو من وقت انقطاع الإكراه ، بحسب الأحوال . فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة ، بأن لم يتكشف النلط مثلاً إلا بعد أربع عشرة سنة ، فإن الحق في إبطال العقد يتقادم في هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف النلط ، لأن المدة الأولى هي الأقصر . فالتقادم يكون إذن بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا في حالات استثنائية كالحالة التي تقدم ذكرها . وأياً كانت مدة التقادم ، فإنها توقف وتقطع وفقاً للقواعد المقررة في التقادم .

وقد حذا التقنين الجديد في تقصير مدة تقادم البطلان حذو التقنينات الحديثة . أما التقنين السوري الجديد فقد أمعن ، كالتقنين السويسري ، في تقصير مدة التقادم في البطلان ، فنصت المادة ١٤١ من هذا التقنين على أن تكون هذه المدة سنة واحدة . وسرى أن التقنين المصري الجديد جعل مدة التقادم ثلاث سنوات أيضاً في الدعاوى التي تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب . ولكن المدة تختلف هنا عنها هناك . فقد روعي في تقصير المدة في تقادم البطلان أن يستقر العقد في خلال سنة معقولة ، فلا يبقى مزعماً مدة طويلة . وروعي في تقصير المدة في تقادم الدعاوى التي تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب أن الالتزامات في هذه الدعاوى لم يكن مصدرها إرادة للترحم ، فهي تختلف من هذه الناحية عن الالتزامات العقدية التي تنشأها إرادة المدين ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في العمل غير المشروع وفي الإثراء بلا سبب . ويلاحظ أن مدة التقادم في الاستغلال — وهو عيب من عيوب الرضاء — أقصر من مدته في العيوب الأخرى . فقد مر بنا أن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع في خلال سنة من تاريخ العقد (م ١٢٩ قرة ٢) . فتكون المدة في الاستغلال أقصر من ناحيتين : ناحية المقياس الزمني وناحية مبدأ السريان .

٣٢٣ — سريانه مدة التقادم الجبرية على العقود المبرمة قبل نفاذ التقنين الجبرير : ولما كان التقنين الجديد قد قصر مدة التقادم في البطلان على النحو الذى قررناه ، فإن هذه للدة القصيرة هى التى تسرى بالنسبة إلى العقود التى أبرمت قبل نفاذ التقنين الجديد إذا كان التقادم فيها لم يكتمل وقت نفاذ هذا التقنين ، وذلك ما لم يكن الباقى من مدة التقادم للقررة فى التقنين القديم أقصر من للدة التى قررهما التقنين الجديد (م ٨ جديد) . ويوضح ذلك فى اللل الآتى : قاصر أبرم عقداً فى أول يناير سنة ١٩٤٨ ، وبلغ من الرشد فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . فيدرك التقنين الجديد ، فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، هذا المقد وتقدم البطلان فيه لا يزال سارياً ، إذ بدأ هذا السريان منذ بلوغ القاصر من الرشد فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . ولا يتم التقدم بحسب التقنين القديم إلا باقتضاء خمس عشرة سنة ، أى فى ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ . فيجب فى هذه الحالة أن تسرى للدة القصيرة التى قررهما التقنين الجديد ، وهى ثلاث سنوات ، ويكون مبدأ سريانها من وقت العمل بالتقنين الجديد ، أى من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فيتم التقدم فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للتقنين الجديد ، لافى ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ وفقاً للتقنين القديم .

أما إذا كان القاصر قد بلغ من الرشد فى ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ ، وكان قد أبرم العقد قبل ذلك فإن التقدم يتم فى هذه الحالة فى ١٤ يناير سنة ١٩٥١ وفقاً للتقنين القديم ، لافى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للتقنين الجديد^(١) .

المبحث الثالث

تقرير البطلان

(دعوى البطلان)

٣٢٤ — مسائل مملوثة : بعيننا فى تقرير البطلان أن نبحث مسائل ثلاثاً : (١) من

(١) انظر فى كل ذلك المادة ٨ من التقنين الجديد . واستمد لتطبيق هذه المادة فى شأن التقدم فى العمل غير المشروع . ونظراً لتطبيقها فى شأن التقدم فى الإبراء بلا سبب على كل من هذين الغليطين .

الذى يتمسك ببطلان المقد . (٢) وكيف يقرر البطلان . (٣) وما الأثر الذى يقرب على تقريره .

المطلب الأول

من الذى يتمسك بالبطلان

٣٢٥ — العقد الباطل والعقد القابل للإبطال : فى العقد الباطل يجوز أن يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة فى ذلك ، بل وللحكمة أن تضى بالبطلان من تلقاء نفسها . أما فى العقد القابل للإبطال ، فلا يتمسك بالبطلان إلا للتأكد الذى تقرر البطلان لمصلحته دون للتأكد الآخر ^(١) .
وفصل ما أجلناه .

§ ١ — العقد الباطل

٣٢٦ — النصوص القانونية : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ على ما يأتى :
« إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللحكمة أن تضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة » ^(٢) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : « فإدام البطلان المطلق يقتضى اعتبار العقد معدوماً — وليس ثمة على تفريق بين العقد الباطل والعقد المدوم — فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا لبطلان ولو لم يكن طرفاً فى التعاقد ، كالتأجير مثلاً فى حالة بطلان بيع العتيق المؤجر بطلاً مطلقاً ، بل ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . أما البطلان النسبى فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد هو الطرف الذى يشرع البطلان لمصلحته ، ويكون من واجبه أن يقدم لدليل على توافر سببه (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٥٦) . وكان المشروع التمهيدي يضى فى المادة ٢٠٠ منه بأن « كل من ادعى سبباً لبطلان المطلق أو النسبى يكون عليه إثباته » ، فحذف هذا النص فى المشروع التهانى لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٥٤ — ص ٢٥٥ فى المامش) .

(٢) انظر تاريخ النص كما فى فقرة ٣١٩ فى المامش .

وقد كان المشروع التمهيدى أوضح بياناً في تعيين ذوي المصلحة الذين لم أن يتمسكوا بالبطلان . فكانت المادة ١٩٤ من هذا المشروع تنص على أن « للمتقاعدين وللأطفال المعاقين ، وللأشخاص وللأشخاص المتكسرين بالوجه البطلان الواردة في المادة السابقة » .

٣٢٧ — تمسك بالبطلان كل من زى مصلحة والمحمكة من لقاء نفسها أنه يقتضى به :
العقد الباطل لا وجود له كما قدمنا . وسنرى أن بطلانه يقرر عادة عن طريق الدفع ، وقد تقتضى الضرورة العملية في بعض الحالات أن يكون تقرير البطلان عن طريق الدعوى ، وسواء كان تقرير البطلان عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى ، فإن الذى يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة في ذلك ^(١) .

والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه . ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة ، دون قيام هذا الحق ، لا يكتفى . فلا يجوز مثلاً أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة في التخلص من جوار المشتري الجديد . ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له ^(٢) .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد جاز له التمسك بالبطلان . ففي البيع الباطل يستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان : البائع حتى يسترد المبيع ، والمشتري حتى يسترد الثمن . ودائنو كل من البائع والمشتري لهم أن يتمسكوا بالبطلان ، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً بطريق مباشر . وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن فينفذوا عليه بحقوقهم . وورثة كل من البائع والمشتري يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة ، وذلك أيضاً بقتضى حق مباشر لهم . وكل شخص

(١) محكمة المنصورة الكلية الوطنية في ١٤ فبراير سنة ١٩٤٣ المحللة ٢٣ رقم ١١٢ من ٢٤٧ .
[هذا ويجوز للمتقدم بموجب عقد باطل أن يرفع دعوى بطلان حتى قبل أن يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه (دعوى البطلان الأصلية) . وتكون الدعوى عندئذ دعوى وثائقية (انظر بونسار في موسوعة دالوز الحديثة بند ٣٤ وموريل في المرافعات بند ٣٤ ثالثاً)] .

(٢) [مارتي وريزو ج ٢ بند ١٩٨ ص ١٨٢ — وقد تكون المصلحة مادية أو أدبية . بهفم الأخيرة تكفى : بونسار في موسوعة دالوز بند ٣٤] .

رتب له البائع أو المشتري حقاً عينياً أو حقاً شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطان ، فالرهن من البائع يطلب البطان حتى يسلم له حق الرهن ، والرهن من المشتري يطلب البطان حتى يسترد الدين ، ومستأجر العين المبيعة من البائع يطلب البطان حتى يبقى في العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ ، ومستأجرها من المشتري يطلب البطان حتى يسترد الأجرة . وكل هؤلاء يطلبون البطان ، لا عن طريق استعمال حق مدنيهم بالدعوى غير المباشرة بل بمقتضى حق مباشر لهم .

فالذين يجوز لهم التمسك بالبطان إذن هم المتماقدان والدائنون والخلف العام والخلف الخاص .

بل للمحكمة أيضاً أن تقضى بالبطان من تلقاء نفسها ، لأن العقد الباطل ليس له له وجود قانوني ، والقاضي لا يستطيع إلا أن يقرر ذلك .

٣٢٨ - متى يجوز التمسك بالبطان : إذا كان التمسك بالبطان عن طريق الدعوى ، فلا بد من رفضها في خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، وإلا سقطت بالتقادم . أما إذا كان التمسك بالبطان عن طريق الدفع ، فيجوز ذلك في أي وقت كما سبق القول ، ويجوز إبداء الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ^(١) .

٢٤ - العقد القابل للإبطال

٣٢٩ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٨ من القانون الجديد على ما يأتي

(١) استئناف مخطوط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٥ (وكان الدفع بالبطان لخط ، وهو في هذا مثل الدفع بالبطان المطلق) . وقضت محكمة النقض بأن الدفع بالبطان ، الذي جوزت المادة ١٣٣ من قانون المرافعات (قديم) لإبداءه قبل الدخول في موضوع الدعوى . وقضت المادتان ١٣٨ و ١٣٩ مرافعات (قديم) بسقوط الحق فيه بالحضور أو بالرد على الورقة البطلية ، بما يفيد اعتبارها صحيحة ، وإنما هو الدفع الخامس ببطان صحيفة افتتاح الدعوى وبطان أوراق الإجراءات والمرافعات . فليس يصح تعدية هذه الأحكام إلى الدفع ببطان العقود ، لأن الدفع يكون عندئذ من الدفوع الموضوعية التي يجوز تعديةها في أية حالة تكون عليها الدعوى أو تعليق عليه أحكام الإجازة الخاصة إذا كان البطان نسبياً لأملاً (نص مدني في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ٢١٣ ص ٥١٠) .

« إذا جمل القاتنون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق »^(١).

وقد كان المشروع التمهيدى يورد هذا النص على وجه يبين الحكمة فيه ، فكانت المادة ١٩٦ من هذا المشروع تنص على أنه « ليس لنير الأشخاص الذين تقرر البطلان القسرى لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة » .

٣٣٠ — لا يتمسك بالبطور إلا المتعاقد الذى تقرر البطور لمصلحته : العقد القابل للإبطال لم تقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد المتعاقدين . فهذا المتعاقد وحده ، دون المتعاقد الآخر ، هو الذى يجوز أن يتمسك بالبطلان . فإذا كان سبب القابلية للإبطال نص الأهلية ، فنقص الأهلية وحده هو الذى يتمسك بالبطلان^(٢) . وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة ، فن شاب لإرادته العيب هو الذى يتمسك بإبطال العقد . وفى بيع ملك النير المشتري وحده هو الذى يتمسك بالبطلان^(٣) .

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف الخاص بمقتضى حق مباشر لها ، ولكن يستطيعان ذلك باعتبارهما دائنين للمتعاقد ، فيستعملون حقه فى طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة .

(١) انظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ٣٣٠ فى الملمس) .

(٢) وقد يكون كل من المتعاقدين ناقص الأهلية فكل منهما أن يتمسك بالبطلان ، ولا يكون العقد لهلاكه بالمال بل يبقى قابلاً للإبطال ، فتصح إجازته ونزول بطلانه بالتقدم ، ولو كان العقد باطلاً لا جاز ذلك . [وقد قضت محكمة النقض أن البطلان للنصوص عليه فى المادة ٧٠٨ مدنى (قديم) وهى المادة التى لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء ولا الوكلاء القاعين من موكلهم ، أن يشتروا الذى التوط بهم يسه بالصفات المذكورة — بطلان نسي تصححه الإجازة وهو لا يزول فى حالة شراء مال القاصر إلا برضائه بعد بلوغه سن الرشد أو بإجازة المجلس الحسى : قضى مدنى فى ٢٣/٢/١٩٥٠ مجموعة أحكام القضاة السنة الأولى رقم ٧٠ ص ٢٦٠] .

(٣) ويؤول لى الخلف العام حق سلفه فى الإبطال ، وقد قضت محكمة النقض بأن العناصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يعمل على سلفه فى كل ما له وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه (قضى مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام محكمة النقض ٩ رقم ١٩ ص ١٦٦) .

كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضى بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال للمتأكد ذو المصلحة .

٣٣١ — متى يجوز التمسك بالبطور : ويجوز التمسك بالبطان ، دعوى أو دفعا ، ما دام البطان لم يسقط بالتقادم باعضاء اللدة المقررة ، ثلاث سنوات من وقت زوال السبب أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء العقد . ويجوز إبداء الدفع بالبطان في أية حالة كانت عليها الدعوى على النحو الذى يبناء فى العقد الباطل .

المطلب الثانى

كيف يتقرر البطان

§ ١ — العقد الباطل

٣٣٢ — راجعة إلى حكم تقرير البطور : لما كان العقد الباطل ليس له وجود قانونى ، فلا حاجة إذن لصدور حكم بإبطاله ، ولا ضرورة للحكم بالدم على ممدوم . وهذه نتيجة منطقية تستقيم فى كثير من الأحوال ، فلا يحتاج من له مصلحة فى تقرير البطان أن يرفع دعوى بذلك ، وما عليه إلا أن يتبر العقد الباطل ممدوماً ، ويصدر فى تصرفه عن هذا الاعتبار . فلو كان العقد الباطل بيعاً ، كان للبائع دون أن يحصل على حكم يبطال البيع أن يتصرف فى البيع ، فهو لا يزال فى ملكه ، ويكون بيعه صحيحاً . وإذا رفع المشتري فى هذا المثل دعوى يطالب فيها بالبيع ، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطالان البيع .

فالذى يتمسك بالبطان فى العقد الباطل يفعل ذلك فى أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى^(١) .

(١) [انظر فى عدم لزوم دعوى البطان : جايو : رسالته ص ٣٩٩ وما بعدها — وفارن جيل العرفاوى بند ١٣٧ ص ٣٧٧ حيث يرى أن دعوى البطان لازمة فى جميع الأحوال] .

٣٣٣ — ولكن قد تنقض الضرورة العملية بالحصول على حكم : وذلك يتحقق إذا قضت الضرورة على التمسك ببطلان عقد باطل أن يبادر إلى رفع دعوى البطلان^(١). ويرض هذا في بعض فروض عليه . منها أن يكون البائع في بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشتري ، وأراد أن يسترده ، فهو بين أن يرفع دعوى البطلان في مدى خمس عشرة سنة أو يرفع دعوى الاستحقاق في أى وقت ، فإذا رفع دعوى البطلان حصل على حكم ببطلان العقد . ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء ، لا سيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضي كما إذا كان سببه مخالفة النظام العام أو الآداب ، ففي مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة في التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه .

والحكم الذى يصدر في دعوى البطلان لا يبطل العقد الباطل ، بل يقتصر على الكشف عن بطلانه^(٢).

§ ٢ — العقد القابل للإبطال

٣٣٤ — لا يقرر المظهر *برو باو غناي* أو *بالقضاء* : أما العقد القابل للإبطال فله وجود قانوني إلى أن يقرر بطلانه . ومن ثم لا بد في تقرير البطلان من التراضى ، أو التضاض . أما التراضى فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية في كل منهما^(٣) . فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد ، فالمقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك . وحكم القاضي هو الذى يبطل العقد ، أى ينشئ البطلان ، ولا يقتصر على الكشف عنه كما في العقد الباطل . ولكن إذا رفعت دعوى

(١) [وهذه الضرورة هي نتيجة القاعدة التي تحرم على المرء أن يقتضى حقه لنفسه يده انظر بونتس في موسوعة دالوز : بند ٣٣ ومراجعته] .

(٢) [بونتس في موسوعة دالوز بند ١٤] .

(٣) [غير أن الاتفاق على إبطال العقد نادر الحدوث عملاً ويشير التساؤل عما إذا كان البطلان في هذه الحالة يؤثر في حق التغير ؟] .

الإبطال ووجد سببه قائماً ، فالتأني لا يملك إلا أن يبطل العقد ، وليس له حق التقدير الذي سنراه له في حالة الفسخ ^(١) .

٣٣٥ — فهو يقرر بإرادة منفردة : ويتبين من ذلك أن المتعاقد ذا المصلحة إذا لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبطال العقد ، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى البطلان ليحصل على حكم بإبطال العقد . ولا يجوز له أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة ، كما أجاز ذلك كل من التقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري ^(٢) . وقد كان المشروع النهائي للتقنين الجديد يتضمن نصاً يميز إبطال العقد في حالة قصص الأهلية عن طريق الإعلان بالإرادة المنفردة ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ويكتفى لإبطال العقد بسبب قصص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره ، دون إخلال بحق المتعاقد الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها في خلال سنة من وقت وصول الإعلان » . وقد حذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا النص « توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ، وتجنباً

(١) استئناف مخطوط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ م ٩٣ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد قصص أهلية الباطن كاف لقبول دعوى إبطال البيع حتى لو تجرد المتصرف من أي عين ومهما كانت لفائدة الباطن مما قبض من ثمن : قض مدني ١٩٥١/٢/١ مجموعة أحكام النقض السنة الثالثة رقم ٥٥ من ٢٨٩] .

[إلا أنه يراعى مع ذلك أن المادة (١٢٤) لا تجيز التمسك بالبطلان النقط على وجه يتعارض مع حسن النية (انظر رسالة الدكتور جميل الصرغوتي في حسن النية كسبب في منع التمسك بالبطلان) (س ٣٩٤ بند ١٣٧ - ١/ج) — ومقال جان شغاليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ من ١٠٠ - ١٠٢] .

(٢) وتقضى الفقرة الأولى من المادة ١٤٣ من التقنين الألماني بأن البطلان يقرر بإعلان يتوجه إلى الطرف الآخر . وتقضى المادة ٣١ من تقنين الالتزامات السويسري بأن العقد إذا شاء غلط أو تدليس أو إكراه يعتبر قد أُنجز إذا كان الطرف الذي لا يلزمه هذا العقد سكت سنة دون أن يعلن للطرف الآخر تخييمه على إطلائه . أو دون أن يتردد ما دفعه ، وكسرى السنة من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه (أنظر في ترجيح هذا الحكم نظرية العقد للمؤلف س ٦٤٨ هامش رقم ٢ وهامش رقم ٢٣) .

لا يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صمومات عملية»^(١).

المطلب الثالث

أثر تقرير البطلان

٣٣٣ - **التعويض القانوني** : نصت المادة ١٤٢ من القانون الجديد على ما يأتي :

« ١ - في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد للمتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل » .

« ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطال العقد لنتقص أهليته ، أن يرد

(١) كان هناك نصان في المشروع التمهيدي هما : «المتعاقدان يتبادلان» المادة ١٣٨ من القانون الجديد ، وكانا يجريان على الوجه الآتي : «١ - ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسب لمصلحتهم أن يمسكوا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة » . وهذا البطلان تعلقته الإجازة وبزول بالتعادم . م ١٩٧ : ١ - يعني في تقرير البطلان النسب إعلان الطرف الآخر به إعلاناً رسمياً ، ٢ - وإذا كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً ، وتقرر بطلانه ، اعتبر باطلاً من وقت صدوره ولكنه يبقى منتجاً لأثاره حتى يقرر البطلان ، ٣ - على أن لإبطال العقود الناقصة للملكية لا يضر بالنسب حسن النية إذا ترتب له حق على عتار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان » . وفي لجنة المراجعة أدمج النصان في مادة واحدة ، بعد حذف الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ لأن حكمها وارد في مكان آخر ، وبعد جعل جواز العقد بمجرد الإعلان مقصوراً على حالة نقص الأهلية مع إعطاء الحق للطرف الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفها في خلال سنة ، وبعد تحويل في المفظ يجعل النص أقرب إلى التطبيق العملي من التقرير الفهمي ، فأصبح النص في المشروع النهائي (م ١٤٢) يجري على الوجه الآتي : « ١ - إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يمسك بهذا الحق ، ٢ - ويمكن لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية لإعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدله » ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره دون إخلال بحق المتعاقد الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرضها في خلال سنة من وقت وصول الإعلان » . ووافق مجلس النواب على هذا النص - وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حول تقرير بطلان العقد لنقص الأهلية عن طريق الإعلان ، واتسمت بالجنة في ذلك ، ثم وافقت الأغلبية على عدم قبول هذا الحكم وعلى حذف الفقرة الثانية توخياً لتسليم القواعد المختلفة طلب الإبطال وتجنباً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صمومات عملية . وأصبح رقم المادة ١٣٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها لجنته (مجموعة الأعمال الحضورية ٢ ص ٢٣٥ - ص ٢٤٠) .

غير ما عاود عليه من منقمة بسبب تنفيذ العقد»^(١).

ومبين من ذلك أن العقد الباطل أو القابل للإبطال ، إذا قرر بطلانه ، يعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . وفستعرض كلا من هاتين الحالتين .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« ١ — إذا قرر بطلان العقد بطلاً مطلقاً أو نسبياً ، أجد المتعاقدين إلى الحالة التي كانت عليها قبل العقد . فإذا كان ذلك مستبعداً استبدلاً به تويضاً بعبارة . ٢ — ومع ذلك لا يلزم ناسى الأهلية ، إذا أطل العقد نفس أهليته ، أن يرد غير ما عاود عليه من منقمة بسبب تنفيذ العقد . ٣ — لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للأداب أن يسترد ما دفعه ، إلا إذا كان موافقاً للالتزام لم يخالف الأداب » . وفى لجنة للرجعة حور النص تحويراً لفظياً لتجنب استعمال ألفاظ البطلان المطلق والبطلان النسبي ، وحذفت الفقرة الثالثة لأنها لا تتفق مع منطلق البطلان . فأصبح النص مطابقاً للوجه الواردة فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٤٦ فى المشروع التمهيدى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون للدنى مجلس الشيوخ عليها دون تعديل أيضاً ، وأصبح رقمها ١٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٥٤ — ص ٢٥٩) .

هنا وقد ورد فى الذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « بيد أن عبء إثبات البطلان يقع دائماً على عاتق من يتسك به . وتقع القاعدة نفسها ، بل ويكون اتباعها أولى فيما يتعلق بالبطلان المطلق . فإذا حكم بالبطلان المطلق أو النسبي استند أمره ، واعتبر العقد باطلاً من وقت نشوئه ، دون أن يخل ذلك بما يكون الغير حسن النية قد اكتسب من حقوق عقارية ، سجلت قبل تسجيل إعلان التصريح بالبطلان فى حالة البطلان النسبي (وقد اتبع للمشروع التمهيدى نظام تقرير البطلان النسبي عن طريق الإعلان كما رأينا) . ويلزم كل من المتعاقدين بأن يرد ما تسلمه بمتنفيذ العقد . ويستثنى من هذه القاعدة حالتان : أولاً حالة ناسى الأهلية ، فهو لا يسأل عن الرد إلا وفقاً لتقواعد الإجراء بلا سبب . والثانية حالة وفاة أحد المتعاقدين بالتزام فى عقد باطل لسبب مخالفته للأداب ، فلا يجوز لمل هذا المتعاقد أن يسترد ما أدى إذا نسب إليه ما يخالف الأداب . وعلى هذا التحول أبين للمشروع وجه الحكم فى مسألة أمير يشأتها خلاف شديد (انظر للتاديين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من التفتين الإسباني ، والمادة ٦٩٢ من التفتين البرتغالى ، والمادة ٢٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وللتاديين ٧٧/٧٧ من التفتين التونسى والراكسى ، وللمادة ٨١٧ من التفتين الألمانى ، والمادة ٦٦ من تفتين الاتراعات السويسرى ، والمادة ١٣٢ من التفتين البولونى ، والمادة ٩٧١ من التفتين البرازيلى ، والمادة ١٨٠ من التفتين الصيغى ، والمادة ١٤٧ من التفتين السوفيتى) .

ويقال النص فى التفتينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٣ (مطابق) — اللي م ١٤٢ .
(مطابق) — العراق م ١٣٨ (موافق) — اللبناني لا مقابل (ولكن النص يفتى مع القواعد العامة) .

١٥ — فيما بين المتعاقدين

٣٢٧ — زوال كل أثر للعقد : إذا قرر بطلان العقد زال كل أثر له ^(١) ، وأرجع كل شيء إلى أصله . وجاز الحكم بتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية ^(٢)

فإذا كان العقد بيعاً وقرر بطلانه ، رد المشتري للمبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المشتري للمبيع بشرائه من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية وفي مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالقوائد عن الثمن الذي يردّه إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك . وهكذا يباد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن قرر بطلان العقد ^(٣) .

أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلاً بأن هلك المبيع مثلاً في يد المشتري وبخطأ منه ^(٤) ، حكم القاضي بتعويض معادل . فالزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد

(١) فيما عدا ما قسمناه من آثار عرضية أو أصلية ترتب على العقد الباطل .

(٢) [انظر في التعويض عن البطلان : مارتى ورينو ج ٢ بند ٧١٤ حيث وردت الإشارة إلى توزيع المسؤولية في حالة اشتراك الطرفين في الخطأ فلا يجوز الحكم بالتعويض إلا إذا كان طالب البطلان مأزماً عن الخطأ] .

(٣) [انظر دي باج ج ٢ بند ٨١٥ وما بعده] .

(٤) أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة ظاهرة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قلنا ، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهي تقضي — كما سئى عند الكلام في دفع غير المستحق — بأن المشتري إذا كان حسن النية ، أي يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عد عليه من منفعة ترتبت على هلاك المبيع ، وللبائع في جميع الأحوال أن يترد المبيع الخالف في الصورة التي آله إليها بعد التلب دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف . أما إذا كان المشتري سيئ النية ، أي يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له ، ألزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يقضى من هذه المسؤولية إلا أن يثبت أن المبيع كان هلكاً ولو كان في يد البائع (لارن نظرية العقد للوقت ص ٦٥٣ مائش رقم ١) . [وانظر دي باج ج ٢ بند ٨١٨ و ٨١٩ — ومارتى ورينو ج ٢ بند ٢١٣ مكرر] .

المسئولية التصيرية لا على أساس المقد الذي تقرر بطلانه، وأثره البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق .

وإذا كان المقد زمنياً كالإيجار وتقرر بطلانه، فظلمة التي استوفاها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يموض عنها . وقد يقدر التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يكون أجرة فلا يكفله حتى امتياز .

بقى أن نشير إلى حالتين خاصتين : (١) حالة عدم المشروعية (٢) وحالة نقص الأهلية.

٣٣٨ - حالة عزم المشروعية (*) : اشتمل المشروع التمهيدى للتقنين الجديد على نص في هذا الصدد . قضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٠١ من هذا المشروع بأنه « لا يجوز لمن وفى بالتزام يخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب » . لحذفت هذه الفقرة فى المشروع النهائى « لأنها لا تنمى مع منطق البطلان » . ذلك أن منطق البطلان يقضى فى المقد الباطل ، أياً كان سبب البطلان ، بإعادة كل شيء إلى أصله ، فإذا كان أحد المتعاقدين سلم شيئاً للآخر تنفيذاً للعقد الباطل جاز له استرداده .

إلا أن قاعدة رومانية قديمة كانت لا تسلم بهذه النتيجة المنطقية فى المقد الباطل لعدم المشروعية . فإذا سلم أحد المتعاقدين للآخر شيئاً تنفيذاً لعقد غير مشروع ، لم يكن له أن يسترد ما سلم إلا إذا كان عدم المشروعية غير آت من جهته . مثل ذلك شخص يعطى للآخر مالا ليرد له ما سرقه منه ، فيستطيع أن يسترد المالا لأن عدم المشروعية غير آت من جهته . أما فى الرشوة والاتصال الجفنى غير المشروع والقائمة وما إلى ذلك ، فنأعطى

(*) انظر فى هذا الموضوع غنر (Wagner) فى جطلان السبب غير المشروع رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ - أريبيس (Arbus) و السبب غير المشروع رسالة من مونييه سنة ١٩٠٣ - سافاتييه (Savatiere) آثار الواجب الأدبى وجزاؤه رسالة من بوانيه سنة ١٩١٦ م ٢٣٩ وما بينهما - كاييتان فى السبب فقرة ١١٤ - فقرة ١١٩ - ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ - فقرة ٨٨٠ - [بينان ج ٨ بند ٢٨٧ م ٢٠٥ وما بعدها - مارتى وريشو ج ٢ بند ٢٠٠ وما بعده ويند ٢١٣] - والتونو ١ م ٢٤٧ - م ٣٥٤ - الدكتور حلى بهجت بنوى فى مقال له فى مجلة القانون والاقتصاد ٤ م ٣٦٠ - م ٣٦٣ .

الملك لا يستطيع أن يستردّه ، لأن عدم الشروعية آت من جهة أو هو شريك فيه ، فهو طرف ملوث لا يجوز له أن يحتج بشئ صدر من جانبه (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) . وقد أحترم الفقه الفرنسي هذه القاعدة بادية الأمر ^(١) ، ثم تحول عنها لأن المشرع الفرنسي لم ينقلها إلى نصوصه ^(٢) . أما القضاء الفرنسي فقد كان يحترمها كذلك ، ثم أخذ هو أيضاً يتحول عنها ، وأصبح الآن لا يطبقها إلا في العقود المخالفة للأداب ^(٣) .

ولا يزال القضاء المصري يحترم القاعدة ^(٤) ، ولم يخرج عليها إلا في أحكام

(١) تولى ٦ فترة ١٢٦ و ١١ فترة ٦٢ — ١ — أوبري ورو ٦ فترة ٤٤٦ مكررس ٣٢٢ هامش رقم ٨ — لا روسيرم ١١٢٣ فترة ١٠ .

(٢) ديولوب ٢٧ فترة ٤٣ — لوران ١٦ فترة ١٦٤ — هيك ٨ فترة ٣٩٧ — غنوار ٦٥٤ — بودري وبارد ١٢ فترة ٣١٦ — ديموج ٢ فترة ٨٧٨ م ٨١٠ .

(٣) أنظر تحليلاً تفصيلياً في النضام الفرنسي في كايتمان في السبب فترة ١١٥ — فترة ١١٨ . ويستخلص كايتمان من استمرار القضاء الفرنسي في هذه المسألة أن هذا القضاء لا يطبق القاعدة الرومانية في جميع العقود غير المشروعة ، بل يقصر تطبيقها على العقود المخالفة للأداب دون العقود المخالفة للقوانين أو لنظام العام . ويذهب في ذلك إلى أن العقود المخالفة للأداب لا يليق أن تنتظر فيها المحاكم ، بل المبدع أن تفصل بينهما من مثل هذه القضايا الملونة ، فلا تحكم فيها بقبول أو رفض . انظر بنوع خاص في هذا للمعنى محكمة بوردج الاستئنافية في ١٣ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ — ٥ — ٣٢٩ — محكمة الجزائر الاستئنافية في ٥ مايو سنة ١٨٩٤ سيرة ٩٤ — ٢ — ٣٠٢ . وانظر محكمة النقض الفرنسية في ٤ يناير سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ — ١ — ١٢٦ في الاتصال الجنسي غير المشروع — وفي ١٥ مارس سنة ١٩١١ دالوز ١٩١١ — ١ — ٣٨٢ في الرشوة — وانظر أيضاً ديموج ٢ فترة ٨٧٧ . [وانظر كذلك : مارتى ورنو ج ٢ بند ٢١٣ — وأحكام القضاء الفرنسي الحديثة التي أوردناها في م ١٩١ — ١٩٣ بالهامش] .

(٤) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٨٥ م ١٦٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية لقضاء المختلط ٣ م ١١٥ — وانظر في النضام المصري تفصيلاً نظرية العقد للوئلف م ٦٥٥ هامش رقم ٣ ومرجع القضاء ملحق م ١٤٧ رقم ٥٢٦٧ — ٥٢٨٣ — بطوروس ٢ م ٤٣٥ — م ٤٣٦ . هنا وقد ذمبت بشئ الأحكام في مصر إلى مدى أبعد مما ذهبت إليه القاعدة الرومانية ذاتها ، فقصت بأن من يدفع قوائد ترويج ترويج على النصاب لا توثق ليس له أن يطلب استرداد ما دفعه زيادة عن ذلك النصاب من أصل دينه (استئناف وطني في ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ — وفي ٩ مارس سنة ١٩١٥)

عليه^(١)

وقد أخذت التفتينات الحديثة بالقاعدة الرومانية ، من ذلك التقنين الألماني (١٨١٧م) وتنين الالتزامات السويسرى (م ٦٦) وللشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٧ قرة ٢)^(٢).

ومهما يكن من أمر فإن القاعدة الرومانية التى كانت أساساً لهذه الحركة الفقهية والقضائية والتشريعية هى قاعدة معينة من الوجهتين المنطقية والعملية ، فنطلق البطلان يقضى بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال ، حتى لا يترتب أثر على المقد الباطل . وإذا كان الرومان يأبون الاسترداد على من كان ملوماً من الطرفين ، فذلك يرجع إلى خاصية فى القانون الرومانى قد زالت . وذلك أن المقد فى هذا القانون كان يستمد قوته للزمنة من شكلية ، فإذا أعطى للتعاقد الذى سلم الشيء حق استرداده ، فلم يكن ذلك لأن المقد الشكلى غير ملزم ، بل كان عن طريق إعطاء للتعاقد دعوى خاصة *condictio ob turpem causam* ، من المدل أن تنكر على من كان ملوماً من الطرفين إذ لا يصح

== ١٩١٥ المراتح ٢ م ٢١٧ رقم ٢٢٩ — استئناف مخطط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ م ٦٢ — وفى ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ٢٨٨) . ذلك أن المدعى الذى دفع الفوائد الربوية غير ملوم ، والملوم هو المأخوذ الذى اضطر إلى ذلك (أنظر فى جواز استرداد الفوائد الربوية استئناف مخطط فى ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٤٧ — والمادة ٢٢٧ قرة أولى من القانون الجديد) .

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٥ يونية سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٣/٨٥ — ٢٢٤ — وفضت محكمة الطائرين الجزئية فى ١٧ ديسمبر ١٩٣٢ (المجامعة ١٢ رقم ٣٠٧ م ٦٠٣) بأنه وإن اختلفت الآراء فى جواز استرداد ما دفع تميداً لهدف قائم على سبب مخالف للأداب أو لنظام العام ، إلا أنه لا شك فيه أن نتيجة الرأى القائل بعدم جواز الاسترداد يؤدى حتماً إلى إقراره بأنه باطل القانون لأن حرمان أحد المعاقدين من استرداد ما دفعه عنائياً له على ما فرط منه معناه تمكين المعاقد الآخر من الاستمتاع بما حصل عليه جزاء على إجرامه أو تدليس أو خروجه على الآداب العامة ، ومهما قل أضرار هذا الرأى فى تأييده فإن الأوفق والأكثر تطبيقاً على القانون ألا يربط على المقد فى السبب غير المشروع أى أثر قانونى وأن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد ، وبكى المنفذ عقاباً ما يناله من تشهير يترتب على إنذاعة محتويات العقد وما كان يديره فى الخفاء مخالفاً لقانون والآداب .

(٢) وأخذت بها بعض التفتينات الأقدم عهداً : القانون النمساوى (م ١١٧٤) والقانون الإسبانى (م ١٣٠٥ — ١٣٠٦) والقانون البرتغالى (م ٦٧١ — ٦٩٢ — ونفى بأن المال الذى لا يسترد يكون ملكاً للفترة تصرفه فى أغراض خيرية) .

جديراً بها . أما الآن فالوضع القانوني للمسألة قد تغير ، وأصبح العقد غير مشروع ليست له قوة ملزمة حتى بالنسبة إلى الطرف للوث ، ولم يعد هناك محل للنظر في إعطائه دعوى الاسترداد أو إنكارها عليه ما دام العقد غير ملائم له . والوجه العملي للمسألة ، كوجهها المنطقي ، يقضى هو أيضاً بأن يكون الاسترداد جائزاً في كل الأحوال . فإما أن الغرض محاربة العقود غير المشروعة ، فإن يكون ذلك بمنع الطرف للوث من استرداد ما سلمه لطرف ملوث مثله إذ يكون ، بقاء المال في يد هذا الطرف الآخر — كالموظف يستبقى الرشوة ، والمأجور على جريمة يستبقى الأجر — أبلغ في التشجيع على الفساد من سلبه إياه . وما على المجرمين إذن إلا أن يتاملوا قدراً حتى يأمنوا غائلة القانون !!

لذلك أحسن التقنين الجديد صنفاً في إغفاله النص الذي كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه ، وقد حذف في المشروع النهائي كما قلنا ، لأنه نص لا يتماشى مع منطق البطلان . وإذا كانت هناك أحوال تقتضى النظر ، فإن القواعد العامة تسكن في معالجتها . كما إذا كان هناك ضرر أحدثه الطرف الذي يريد الاسترداد بالطرف الآخر . مثل ذلك شخص اتصل بامرأة اتصالاً غير مشروع في مقابل مال أعطاها إياه ، وهو يريد الآن استرداد هذا المال . في مثل هذه الحالة لا تتردد في إنكار الاسترداد عليه ، وتستبقى المرأة للمال ، لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتج أثراً ، ولا بمقتضى القاعدة الرومانية فهي قاعدة عتيقة لا يحوز الأخذ بها بعد أن زالت مقتضياتها ، بل على سبيل التعويض عن الضرر الذي أصاب المرأة من هذا الاتصال غير المشروع ^(١) .

٣٣٩ — مائة نص الأهلية : وإذا كان العقد قابلاً للإبطال لنقص أهلية أحد

(١) هذا وإذا اعتبرنا أن التقنين الجديد قد جاء مفسراً للقاعدة القانونية التي يجب اتباعها في صدق العقود غير المشروعة وجواز استرداد ما دفع تنفيذاً لها ، فإنه يطبق بأثر رجعي ، شأن سائر القوانين الفسرة ، ويسرى على جميع العقود ، حتى التي أبرم منها في ظل التقنين القديم . أما إذا اعتبرنا التقنين الجديد قد استحدث الحكم الذي أتى به ، فإن هذا الحكم لا يسرى على العقود التي أبرمت في ظل التقنين القديم فلا يجوز فيها الاسترداد ، ويسرى على العقود التي أبرمت في ظل التقنين الجديد فيجوز الاسترداد فيها . ونحن نحيل لدى اعتبار الحكم مستحدثاً ، لأنه أتى مخالفاً لما جرت عليه السكينة من الأحكام .

المتعاقدين ، وأبطل ، فإن ناقص الأهلية يسترد ما دفع تطبيقاً للقواعد التي قلمناها .
أما المتعاقدين الآخرون فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ
العقد ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ وقد تقدم ذكرها . والأصل في ذلك قاعدة
عامة قررتها المادة ١٨٦ من التقنين الجديد في دعوى غير المستحق ، إذ قضت بأنه « إذا
لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أئرى به » .
وسأيت بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في حالة الوفاء لناقص الأهلية في دعوى غير
المستحق .

٢٥ - بالنسبة إلى الغير

٣٤٠ - تأثر موو الغير بالبطور : ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين
المتعاقدين ، بل يجاوزها إلى الغير ^(١) . فإذا رتب المشتري على العين التي اشتراها بعقد
باطل أو قابل للإبطال حقاً عينياً ، رهناً أو حق ارتفاق مثلاً ، ثم قرر بطلان البيع ،
فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري . كذلك لو باع المشتري
العين من آخر ، فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشتري الثاني .

٣٤١ - وموجب تسجيل دعوى البطور : على أن البائع في المثل المتقدم ، حتى
يستوثق من الوصول إلى هذه النتيجة ، يجب عليه أن يسجل دعوى البطلان أو أن يؤثر
بها على هامش تسجيل العقد الباطل . فقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على
أنه « يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى
التي يكون الفرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ،
كدعاوى البطلان أو التسخ أو الإنشاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر
تسجيل تلك الدعاوى » . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يترتب على تسجيل

(١) [وهو ما يسميه بعض الشراح : « الأثر العيني للبطلان » الذي يجعله سارياً قبل الكفاة .
أنظر رسالة الدكتور جيل الشرفاوى ص ٣٧٨ هامش رقم ٤ وتكلمته في هامش صحيفة ٣٧٩] .

الدعوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشربه طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » .

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى البطلان ، فإن حقه يزول بتقرير بطلان العقد ، سواء كان سيء النية أو كان حسن النية . أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى البطلان ، فالظاهر من نص المادة ١٧ أن حقه يزول إذا كان سيء النية ، ويبقى إذا كان حسن النية . ومهما يكن من أمر — وليس هنا مجال التفصيل في ذلك — فإن القانون أورد حكماً خاصاً لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، فنص في المادة ١٠٣٤ على أنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » .

الفصل الثاني

آثار العقد

٣٤٢ — نسبة آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع : إذا نشأ العقد صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة ، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزموا به .

فالمتعاقدان دون غيرهما اللذان يلتزمان بالعقد : ومن هنا نرى نسبة آثار العقد من حيث الأشخاص . يلتزمان بما تضمنه العقد من التزامات دون غيرها : ومن ثم نرى النسبة من حيث الموضوع ^(١) .

فالعقد نسبي إذن في قوته الملزمة : (أولاً) من حيث الأشخاص . (ثانياً) ومن حيث الموضوع .

ونبحث كلا من هذين الأمرين .

انفع الأول

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص

٣٤٣ — المتعاقدين والغير : العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين .

(١) [يراجع في مبدأ نسبة العقود : رسالة هامة للأستاذ فيل (Weill) عن نسبة العقود في القانون الفرنسي (ستراسبورج ١٩٣٩) — ورسالة أخرى في نفس الموضوع للأنسة سيون كالاسترج (تولوز ١٩٣٩) — وبوبسكو : في قاعدة (Res inter alios acta) وحدودها في القانون الفرنسي (رسالة من باريس ١٩٣٤) — وانظر أيضاً مطول بيدان ج ٩ (المجلد الأول) بند ٨٩٦ وما بعده — ودی باج ج ١ بند ١١٧ — ١٢٣ (ج ٢ بند ٦١٤) — ومارق وريزو ج ٢ بند ٢٣٣ — وفي الفقه المصري : أبو ستيت (طبعة ١٩٥٤) بند ٢٩١ — مرقس (المصادر) بند ٢٩١ — سلطان (طبعة ١٩٦٢) ج ١ بند ٢٦٨ — عبد الحى حجازى (طبعة ١٩٦٢) بند ٤٣٦ — الصدة بند ٣٢٣ .

ويرى بعض الفقهاء الفرق ما بين آثار العقد (الداخلية) وهي التي تطبق عليها قاعدة النسبية ، ووجود العقد كواقعة يمكن أن يمسك بها الغير أو أن يحتج بها عليه ، وليس ذلك استثناء من مسألة النسبية وإنما يتعلق بنفاذ العقد أو عدم نفاذه : انظر مارق وريزو بند ٢٣٣ وبند ٢٤٤ — ودی باج — المرجع السابق في نفس المواضع المشار إليها — وبيدان بند ٨٩٦] .

ولا يجاوزهما إلى الغير إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير . فنحن نبحت : (أولاً) أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين . (ثانياً) أثر العقد بالنسبة إلى الغير .

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

٣٤٤ — الخلف العام والخلف الخاص : إذا قلنا إن العقد لا يتناول أثره إلا المتعاقدين ، فيجب أن يكون ذلك مقروناً بالتوسع في فهم كلمة « المتعاقدين » . فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب ، بل المقصود هما ومن يتلانه في التعاقد . فالمتعاقدان إذا تعاقدتا انصرف أثر العقد إليهما ، وانصرف كذلك إلى الخلف العام ، وقد ينصرف إلى الخلف الخاص^(١) .

والخلف العام (ayant - cause à titre universel) هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات ، أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال ، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها .

والخلف الخاص (ayant - cause à titre particulier) هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها ، كالمتشترى يخلف البائع في البيع ، والموصى له بعين في التركة يخلف فيها الموصى ، والمتنفع يخلف المالك في حق الانتفاع .
والخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، لا يعتبر من الغير في العقد ، فينصرف إليه أثره على

(١) وينصرف كذلك إلى الدائنين على نحو معين سنبينه في الجزء الثاني عند الكلام فيما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان . وقد تضمن للشروع التمهيدى نصاً هو المادة ٢٠٧ من هذا المشروع ، جرت على الوجه الآتي : « يحتج بالعقد على دائني المتعاقدين إلا إذا اضلوا على غش أو كان عقداً صورياً » . غذف النص في المشروع النهائي لأن أحكامه مذكورة بالتفصيل في نصوص تالية (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٧٤ في الهامش) . وعند معالجة أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين يأتي الكلام في الدعاوى الثلاث المروقة : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية (أنظر المذكور الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٦٨ — ص ٢٦٩) .

وانصراف أثر العقد إلى الدائن لا يعني أنه خلف عام أو خلف خاص ، بل إن الدائن بالنسبة إلى العقود التي يبرمها مدبته في موقف يتميز عن موقف كل من الخلف العام والخلف الخاص .

التفصيل الذي نذكره فيما يلي ^(١).

المطلب الأول

الخلف العام

٣٤٥- **النصوص القانونية:** نصت المادة ١٤٥ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :
« ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ،
حاشا لم يثبت من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف
إلى الخلف العام » ^(٢).

(١) [انظر في تحديد معنى الخلف العام والخلف الخاص : بيسان ج ٩ (المجلد الأول) بند ٨٩٩ وما بعده - ودی باج ج ١ بند ١١٧ بند ١٢٣ - ج ٢ بند ٦١٤ - وفي الفقه المصري : حشمت أبو سبیت بند ٢٩٣ - ٢٩٥ وسليمان مرقس بند ٢٩٤ - ٢٩٨ وأنور سلطان بند ٢٩٦ - ٢٧٣ - وعبد الحی حجازی بند ٤٢٧ - ٤٢٥ .

ويلاحظ بالنسبة للدائن العادي أن الفقه التقليدي كان يلحقه بالخلف العام لأن حقه في الضمان العام يتأثر بكل تغيير يجره المدين في ذمته . وقد اتجه البعض إلى إلحاقه بالخلف الخاص (يونكاز في مقال له بالجمعية الفصلية سنة ١٩٢٠ ص ١٠٣ وفي تكملة مطول بوعدي ج ٣ بند ٢٦٣ وفي ج ٥ بند ٣١٦ - ولا يورد لا كوست : فكرة الخلف الخاص في القانون الخاص (رسالة من بورودو ١٩١٦) - غير أن الرأي الراجح هو أن للدائن العادي مركزاً متبعضاً - فهو ليس حقاً عاماً ولا خاصاً (ويقول بهذا الرأي ديعوج وبلانيول وريبير وراخوان) انظر في ذلك : بيسان ج ٩ (المجلد الأول) بند ٩٠٥ - وعبد الحی حجازی : مصادر الالتزام (طبعة ١٩٦٢) بند ٤٣٥ ص ٦٩٨ . وبهذا الرأي الراجح يأخذ صاحب التلخيص (انظر الخامس السابق)] .

[وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن لا يعتبر خلفاً للمدين في التصرفات الصورية التي تصدر من هذا الأخير ، أو التي تصدر منه بالتواطؤ مع دائن آخر لإضراراً بحقه إذ يصح للدائن في هذه الحالات من طبقة الغير (قض مدني ١٩٥٧/٥٧٣ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٥ ص ٥٢٠)] .

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ٢٠٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد (فيما عدا تعديلاً لفظياً) وأقرته لجنة المراجعة بعد هذا التحويل القفلي تحت رقم ١٤٩ فأصبح مطابقاً لنص القانون الجديد ثم أقره مجلس النواب ، فجلسة القانون للمدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٥ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٧٧١ - ٧٧٣) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم ، بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة طلبة من طريق الميراث أو الوصية ما لم تكن العلاقة القانونية شخصية بمحة . ويستثنى ذلك من لزامة المتعاقدين ، صريحة كانت أو ضمنية ، أو من طبيعة العقد كما هو الشأن في شركات الأشخاص والإيراد الرب مدى الحياة ، أو من نص في القانون ، كما في الحال في حق الانتفاع . وعلى =

٣٤٦ — انصراف أثر العقد إلى الخلف العام : ويتبين من النص للتقدم أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام . ومعنى ذلك أن الحقوق التي ينشأها العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث المتعاقد . أما الالتزامات فيلاحظ في شأنها أن في الشريعة الإسلامية وهي الشريعة التي تطبق في مصر في أكثر الأحوال — مبدأً خاصاً يقضى بالألتركة إلا بعد سداد الدين . ومقتضى هذا للبدا أن يبقى الالتزام في التركة ، دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث ، حتى ينقضى . ومتى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث . ومن ثم عني التقنين الجديد بتنظيم تصفية التركة ، فأورد نصوصاً هامة في هذا الشأن (م ٨٧٥ — ٩١٤) تنظم سداد ديون التركة ، وتكفل حقوق دائئها ، وتحصى الغير الذي يتعامل مع الوارث^(١) .

ويترب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى في حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له وعليه^(٢) ، وفي الصورية يسرى في حقه العقد الحقيقي دون العقد الصوري^(٣) .

== ذلك ينتقل إلى الوارث ما يربط العقد من حقوق والتزامات . أما الحقوق فيكون انتقالها كاملاً . بيد أن حكم الالتزامات يقتضى تحفظاً خاصاً يتصل بأحكام الميراث . ذلك أن الوارث لا يلزم بديون مورثه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة ... فليس ينبغي أن يعزل هذا النص عن النصوص التي تضمنها المشروع بشأن تصفية التركات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٤٦ (مطابق) . الليبي م ١٤٥ (مطابق) . العراق م ١/١٤٢ (مطابق) . اللبناني م ٢٧٢ (موافق) .

(١) [أما في فرنسا فإن الخلف العام يعتبر استمراراً لشخصية السلف إيجاباً وسلباً . فيجعله في التزاماته كما يجعله في حقوقه لأن المومية في الاستخلاف تقتضى وحدة لا تنقسم بين الجانب السلبى والجانب الإيجابى . على أن القابضون الفرنسي يميز للوارث (أو الموصى له) أن يرفض التركة أو أن يقبلها بشروط الجرد ، فلا يلزم إلا في حدود ما آل إليه . (انظر بيدان بند ٨٩٩) — وانظر في انصراف أثر العقد إلى الخلف العام وتأثير قواعد الميراث الشرعية في مصر : أنور سلطان بند ٢٧٠ ص ٣٢٢ و ٣٢٣] .

(٢) وسرى أن هناك فروضاً يكون فيها الخلف العام من الغير ، فلا يكون العقد حجة عليه إلا إذا كان ثابت التاريخ [ففرن ماسيأتى بند ٣٤٨ وهامشه — وفرن : في عدم اعتبار الوارث غيراً بالنسبة إلى تاريخ الورقة البرقية : الجزء الثانى من الوسيط بند ١١٩ ص ٢٠٤ — ٢١٢] .

(٣) [ومن الأقضية المتعلقة باعتبار الوارث خلفاً عاماً — ما حكمت به محكمة استئناف أسبوط من أن الوارث خلف عام للمورث ، فلا يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذى يبرمه مورثه ، إذ ينصرف إليه أثره ==

٣٤٧— متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاء خلفاً : على أنه يستثنى من القاعدة للتقدمة أحوال أشير إليها في المادة ١٤٥ ، وفيها لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً ، وهي ثلاث :

(الحالة الأولى) إذا اتفق المتعاقدان على ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين . فإذا أراد أن حقاً أو التزاماً نشأ من العقد يقتصر أثره على شخص المتعاقد ، فلا ينتقل إلى الوراث من بعده ، صح الشرط إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام أو للآداب^(١) . فيجوز مثلاً أن يتفق المتعاقدان في بيع على أن يمنح المشتري أجلاً لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته ، فإذا مات المشتري وجب على الورثة دفع الثمن في الحال من التركة . كذلك يجوز الاتفاق على أن يكون للبائع الحق في استئجار العين للمبيعة بأجرة معينة لمدة معينة ، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع^(٢) .

(الحالة الثانية) إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ من العقد تأبى أن ينتقل من المتعاقد إلى خلفه العام^(٣) . وقد يكون المانع من الانتقال قانونياً أو مادياً . فإذا حصل

== (ما لم يتفق الماقدان على غير ذلك — أو ينس القانون على عدم فاذا تضررت المورث إلى الخلف العام ، ومن ذلك القيود التي ترد على الإحياء — أو إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد تأبى قيام هذه الخلافة) .

وعلى ذلك فلا يعتبر الوارث بالنسبة لعقد الرهن الصادر من مورثه (للدين) من طبقة الغير التي عناها الشارع في المادة ٥٨ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، التي توجب قيد الرهن حتى يكون حق الدائن المرتهن نافذاً بالنسبة للغير ، وبالتالي لا يحق له الاحتجاج بعدم القيد ، ولو كان مشترياً لجزء من التركة التي خلفها مورثه والتي انتقلت إليه مع باقي الورثة بما لها من حقوق وما عليها من التزامات . (بجم محكمة استئناف أسوط في ٥ مارس ١٩٦١ — المجموعة الرسمية السنة ٦٠ رقم ٧ ص ٥٣) .

[كما قضى أيضاً بأن الورثة وهم خلف عام لمورثهم لا يملكون من وسائل الإثبات إلا ما كان يملكه مورثهم في صدد منازعته للمشتري منه في ملكيته الثابتة له بالعقد المسجل (نقض مدني في ٢٣ مارس ١٩٦٧ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٢ رقم ٣٥ ص ٢٦٠)] .

(١) انظر ييدان ج ٩ بند ٩٠٠ ص ٦ وهامش ٢ .

(٢) ولكن لا يجوز أن يشترط البائع على المشتري أن ما يتبقى منه أقساط الثمن بعد موت البائع يدفع إلى أحد الورثة دون الآخرين ، إلا في حدود الوصية .

(٣) انظر ييدان : المرجع السابق ، نفس الموضوع ، والأمثلة الواردة به — وانظر أنور سلطان بند ٢٧١ — ص ٣٢٤ .

شخص على حق انتفاع بموجب عقد ، فإن هذا الحق لا ينتقل من بعده إلى ورثته . لأن حق الانتفاع تقضى طبيعته القانونية بأن يتقضى بموت صاحبه . وإذا حصل شخص بمقتضى عقد على إيراد مرتب طول الحياة ، فهذا الإيراد لا ينتقل إلى ورثته ، لأن طبيعة الإيراد القانونية والمادية معاً تقضى بانتهائه بموت صاحب الإيراد . كذلك كل التزام نشأ من عقد ، ولوحظت فيه شخصية الملتزم أو صفة خاصة به ، يتقضى بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة نظراً لطبيعة الالتزام المادية ، كفنان أو جراح أو مهندس أو محام يلتزم بالمقد أن يقوم بعمل من أعمال مهنته ، فلا ينتقل التزامه هذا إلى ورثته ولو في التركة .

(الحالة الثالثة) إذا كان هناك نص في القانون يقضى بالألا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام . والقانون ينص على ذلك في مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمناً . من ذلك ما قضت به المادة ٥٢٨ من أن الشركة تنقضى بموت أحد الشركاء ، وما قضت به المادة ٦٠٢ من أن الإيجار ينقضى بموت المستأجر إذا لم يقدر إلا بسبب حرقه أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، وما قضت به المادة ٦٢٦ من أن المزارعة تنقضى بموت المزارع ، وما قضت به المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضى بموت الموكل أو الوكيل .

٣٤٨ — متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير : وهناك فرض ينتظر فيه إلى الخلف العام باعتباره من الغير . وذلك أن القانون يعطى للوارث حقوقاً يتلقاها منه مباشرة لا بطريق الميراث عن سلفه ، ويقصد بها حماية الوارث من تصرفات مورثه الصادرة به . ولذلك يستبر الوارث في هذه القروض من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات ^(١) . فالقانون يبيح للمورث التصرف في جميع أمواله حال حياته ، معاوضة

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن حق الوارث في الطعن في تصرف للمورث بأنه في حقيقة وصية لا بيع وأنه قد قصد به التحايل على أحكام الإرث المقررة شرعاً ، هو حق خاص به مصدره القانون وليس حقاً يتلقاه عن مورثه ، وإن كان هذا الحق لا ينفذ إلا بعد وفاة المورث .

ومن ثم فلا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة على الوارث ، إذ بعد =

أو تبرعاً ، حتى لو أضر هذا التصرف بالورثة ، وحتى لو تعدد المورث هذا الإضرار . أما إذا تصرف في ماله لما بعد الموت بطريق الوصية ، وهو تصرف لا يكلفه شيئاً في حياته ، فيتحكم بذلك في حفظ ورثته تحكماً يأباه النظام العام ^(١) ، فإن القانون — وللقصود به هنا الشريعة الإسلامية إذ هي التي تطبق في مصر غالباً في هذه المسألة — يتقدم لحماية الوارث ، ويقيد من تصرفات المورث ، فلا يبيح له أن يتصرف في ماله بطريق الوصية إلا بقدر الثلث . وكالوصية كل تصرف صدر في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع (م ٩١٦ حديث ^(٢)) .

ويترب على ذلك أنه إذا باع المورث عيناً وهو في مرض موته لوارث أو لغير وارث محايياً لإياه وكان القدر المحايى به يزيد على ثلث التركة ، فإن البيع لا يسرى في حق الورثة فيما يزيد فيه المحاياة على الثلث إلا إذا أجازه ، ومن ثم لا يكون عقد البيع حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ ^(٣) . فلو أن تاريخ العقد العرفي يرجع إلى عهد كان للمورث فيه = الوارث في حكم التبرع فيما يخص تصرفات مورثه الفارة به والماسة بمجه في الإرث : قضى مدني في ٢١ يونيو ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤] .

(١) [قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البيع الصادر من المورث لأحد ورثته يسر حق وارث آخر و التركة وقصد به الاحتيال على أحكام الإرث كان لهذا الوارث أن يطعن في التصرف وأن يثبت بكافة طرق الإثبات أن البيع في حقيقته يسر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، فهو وصية (قضى مدني في ٢٦ فبراير ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ رقم ٨٣ ص ٥٤٨) . — وانظر أيضاً : قضى مدني في ٢٤ ديسمبر ١٩٥٣ — مجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧] .

(٢) وهذا بخلاف الفائي فإن القانون يحبه أكثر مما يحبه الوارث ، فلا يبيح للمدين أن يتصرف في ماله ولو معاوضة إذا قصد الإضرار بالدائن . وقرق ما بينهما أن الوارث يخلق المال من غير عوض ، أما الدائن فيلقاه بموض .

(٣) [والأصح أن يقال : إن الوارث بالنسبة لتصرفات مورثه الصادرة في مرض الموت يعتبر غيراً من ناحية سريان هذه التصرفات في حقه ، ولا يعتبر غيراً من ناحية ثبوت التاريخ . فيجوز عليه بالتاريخ العرفي مختصراً الصادر من مورثه إلى أن يثبت عدم صحته وله أن يثبت ذلك بكافة الطرق لما ينطوي عليه تقديم تاريخ التصرف من غش (انظر الجزء الثاني من الوسيط بند ١١٩ ص ٢٠٦ — ٢١٢ وهوامشها — والدكتور سليمان مرقس في مصادر الالتزام بند ٢٩٧ — والدكتور أنور سلطان (طبعة ١٩٦٢) ص ٢٢٦ وهوامشها — والدكتور عبد التام فرج الصلة في مصادر الالتزام بند ٢٢٨ ص ٣٦٧ وفي الإثبات ص ١٤٣] .

غير مريض ، لم يكن هذا التاريخ حجة عليهم ، ولم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم عمداً حتى لا يظهر أن القصد قد صدر في مرض الموت . وقد نص التقنين الجديد على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ إذ يقول : « وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولم تثبت ذلك بجميع الطرق . ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » (١) .

(١) [أنظر الوسيط ج ٢ ص ٢١١ حيث يقرر أن هذه العبارة الأخيرة من المادة غير صحيحة على إطلاقها . فالنسخ العرفي للتصرف الصادر من المورث يعتبر — بحسب الأصل — حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . ولكن لا يحتاج عليه بهذا التاريخ العرفي إلى الحد الذي يمنعه من إثبات العكس ، بل يجوز له ، ما دام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته . وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البيئة والفرائن] .

[هنا] وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يعتبر الوارث قائماً مقام المورث في صدد حجة التصرف الذي صدر منه لأحد الورثة إلا في حالة خلو هذا التصرف من كل طعن . فإذا كان التصرف يس حق وارث في التركة عن طريق الفس والتدليس والتحيل على مخالفة أحكام الإرث ، فلا يكون الوارث ممثلاً للمورث بل يعتبر من الأغيار ويباح له الطعن في التصرف وإثبات صحته طعنه بكفالة الطرق (نقض مدني في ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠) .

[وقضت أيضاً بأن الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها . وإذا كان القانون قد أعني من يضر من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الكتابي فليس معنى هذا أن مجرد طعنه فيها يكفي لإهدار حجيتها بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات : نقض مدني ١٩٥١/١/٨ بمجموعة أحكام النقض رقم ٤٩ ص ٢٤٩ — وبفسح المعنى : نقض مدني ١٩٥١/٤/١٩ — بمجموعة أحكام النقض رقم ١١٣ ص ٦٩٣] .

ويلاحظ أن الورثة لا يكونون من الغير إلا إذا أثبتوا أن التصرف صادر في مرض الموت ، ولذلك كان عبء الإثبات عليهم في ذلك . وقبل هذا الإثبات يكون التاريخ العرفي للتصرف حجة عليهم لأنهم لم يصحبوا بعد من الغير ، حتى إذا ما أثبتوا أن التصرف صدر في مرض الموت أصبحوا من الغير ، ولا يكون عندئذ حجة عليهم إلا التاريخ الثابت للتصرف — وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية : بأن التصرف في مرض الموت إما أن يكون محجور ذي تاريخ ثابت أو غير ثابت ، فإذا كان تاريخه ثابتاً فلا يصح الاحتجاج به على الوارث إلا من اليوم الذي اكتسب فيه هذا التاريخ الثابت بناء على أنه من الأغيار ، ولا عبرة في هذه الحالة بالتاريخ العرفي الذي يحمله المحرر طبقاً للعادة ٢٨٨ مدني (قديم) . أما إذا كان تاريخه غير ثابت كان للوارث الحق في أن يثبت بكل الطرق القانونية أن هذا التاريخ صوري وأن التصرف واقع في مرض الموت . وظاهر أن هذا ترخيص يمنح للوارث المذكور في هذه الحالة لإثبات ما يدعيه لأنه أجنبي عن التصرف بحيث إذا لم يتم بانياته كان التاريخ العرفي للتصرف به من المورث حجة عليه (١٩ أكتوبر ١٩٣٧) .

المطلب الثاني

الخلف الخاص (*)

٣٤٩- النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٦ من التقنين المدني الجديد

على ما يأتي:

« إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه » (١).

== سنة ١٩٤٧ المحلدة ٣١ رقم ١٣٣ ص ٣٥٧ - أظفر أيضاً في هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحلدة ١١ رقم ٣٧٨ ص ٧٤٠ - استئناف مخطوط ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩ .

(*) أظفر في هذا الموضوع مقالاً للأستاذ ليبارنيير (Lepargneur) في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٤ ص ٤٨١ - ص ٥٨٣ - ومقالاً آخر للأستاذ حامد فهمي في حكم الانقضاء المتعلقة بالأموال في حق الخلف بسبب خاص في مجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الرابع ص ٤٤ - ٦٥ . [وأظفر بيدان ٩ مجلد ١ بند ٩٠١ وما بعده - ومورجون Mourgeon في أثر الانقضاء بالنسبة للخلف الخاص في القانون الفرنسي (رسالة من باريس ١٩٣٤) ومقال دي جارودي لاميشي عن أيلولة الحقوق والالتزامات للخلف الخامس في المجلة الفصلية المدنية سنة ١٩٤٤ ص ٢١٩ وما بعدها - وفي الفقه انصري حشمت أبو ستيت (طبعة ١٩٥٤) بند ٢٩٥ ص ٢٧٧ - وسليمان مرقس (الصادر) بند ٢٩٨ ص ٣٩٢ - وأنور سلطان ١٩٦٢ بند ٢٧٣ ص ٣٢٧ - وعبد النعم فرج الصلدة بند ٢٣٩ ص ٣٦٨] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدي بما يتفق مع نص القانون الجديد مع تحوير لفظي بسيط . ووافقت أغلبية لجنة المراجعة على استبقائه في المشروع النهائي تحت رقم المادة ١٥٠ - ووافق عليه مجلس النواب - وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ استبدلت بعبارة « إذا أنشأ العقد حقوقاً والتزامات » عبارة « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية » لأن النص يتعلق بالحالة الخاصة ولا ينتقل من طريق هذه الحالة إلا ما كان شخصياً من الحقوق التي يولدها العقد . وحذف من الشق الأخير من النص عبارة « أو يستطيع أن يعلم به » حتى يقتصر حكم النص على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به لدة الوضع . وأصبح رقم المادة ١٤٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٨) .

وإذا كان هذا النص قد استحدثه التقنين الجديد ، فإنه — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — ليس إلا « تأصيلاً لتطبيقات القضائين المصرى والفرنسى في هذا الشأن »^(١).

== وغايل النص في التقينات للندية العربية الأخرى : السورى م ١٤٧ (مطابق) — الليجى م ١٤٦ (مطابق) العراق م ١٤٢/٢ (مطابق) — الليبانى لا مقابل .

(١) [يجزم الفقه الفرنسى أو يكاد ، على أن الخلف الحاس لا تنتقل إليه الالتزامات المتعلقة بلال الذى آل إليه ما لم يكن هناك نص قانونى يقرر ذلك أو قبل الخلف (صراحة أو ضمناً) انتقال الالتزام إليه . أما الحقوق المتعلقة بهذا المال تنتقل إليه إذا كانت مرتبطة به ارتباطاً وثيقاً ، مع اختلاف في تضيير الارتباط على معنيين أحدهما ضيق ، وفي ثانيهما بضم التوسم ، ويبدو أن القضاء متأثر بالنظرة الضيقة التى تفرق بين الحقوق المتدرجة في الضيق أو المعبرة من تواجه (وهذه تنتقل) كالارتباطات المقررة للضار وضمانات الحق للضال ، وبين الحقوق التى لا تكون لصيقة بالضيق ولا تؤثر في كيانها ، كما لو كان البائى قد تعاقد مع مقاول على إجراء ترميمات في العين المبيعة ، غنى البائع تجاه المقاول لا ينتقل للمشتري إذ يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التعاقد (انظر بيديات ج ٩ بند ٨٠٣ وهامش ٢ في صحيفة ١١ — ومارتى ورينو ج ٢ بند ٢٣٨ وما بعده — وأوبري وروج ٢ طبة سادسة) بمحاوطة بلرتان (فقرة ١٧٦/١ ص ٩٩) فالنظرية ما بين انتقال الحقوق والالتزامات المتعلقة بلال الذى يتلقاه الخلف الحاس لا تزال قائمة في الفقه والقضاء الفرنسيين (انظر مقال ليبارتيير في المجلة الفصلية سنة ١٩٢٤ — وقد سبق ذكره) وإن كان من القضاء من ينتقد هذه التفرقة ويذهب إلى أن الخلف الحاس « قابلية قانونية » لتلقى الالتزامات والحقوق المتعلقة بلال أو بالمحق الذى آل إليه ما دام قد ارتضى ذلك (انظر مقال دى جارودى لاميشيى عن « قابلية خلف الحاس لتلقى حقوق والالتزامات سلفه » في المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٤ ص ٢١٩ وما بعدها) . ويرى جارودى لاميشيى أن عدم ارتباط الخلف بالالتزامات التى ارتبط بها سلفه إذا كان يرجع إلى قاعدة أنه لا يجوز أن يتقدم المرء رغم أخيه ، فصلاح ذلك هو اشتراط قبول الخلف لهذه الالتزامات صراحة أو ضمناً — وإن كان راجعاً إلى أنه لا يجوز تغيير الالتزام دون رضا البائى ، فذلك مردود بأن ارتباط الخلف بالالتزام يخص له سلطة البائى إذ المفروض أن الالتزام لا ينفذ إلا بمعرفة مالك الضار .

على أن الرأى السائد في فرنسا قتها وقضاء هو أن الأصل عدم تقييد الخلف الحاس بالالتزامات التى ارتبط بها سلفه مع تطبيقها بلال الذى آل إليه ، ما لم يكن من شأنها أن تضييق أو تضل في نطاق الحق للتصرف فيه (انظر في تحليل القضاء الفرنسى مارتى ورينو ج ٢ ص ٢٢٠) غير أن الفقه والقضاء يحاولان تبرير التزام الخلف الحاس بالالتزامات السلف ، إما على أساس أنه قد ارتضى ذلك صراحة أو ضمناً ولما على أساس أن الالتزام لصيق بالعين بما يجعله شبيهاً بحق الارتفاق ، فهو التزام عيني (انظر في الالتزام الذى رسالة دى جوبلار (M. de Juglart) — بورديو ١٩٢٧ — ورسالة أبركانت (Aberkane) — باريس ١٩٥٥) . — وغنى عن البيان أن الالتزام ينتقل للخلف الحاس إذا وجد نص في القانون يضى بذلك (كما في حالة التزام مشتري المحل التجارى بخود السمل الذى أبرمه البائى ، ==

٣٥٠ — وضع المسألة بالنسبة إلى الخلف الخامس : انصراف أثر القصد إلى الخلف
الخاص يختلف في الوضع عن انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام . وبحسن بادي الأمر
أن نحدد تحديداً دقيقاً من هو الخلف الخاص . قد قلنا أنه هو من يتلقى من سلفه ملكية
شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء . والشيء الذي يتلقاه الخلف قد يكون
هو ذاته حقاً عينياً كما هو الغالب ، وقد يكون حقاً شخصياً . فالشخص الذي يملك حق الانتفاع خلف
في الشيء المبيع ، وهذا استخلاف في ملكية عين معينة . وصاحب حق الانتفاع خلف
خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهذا استخلاف في حق عيني واقع على عين معينة . والحال
له خلف للمحيل في الحق المحال به ، وهذا استخلاف في حق شخصي . والمرتهن لدين
خلف لصاحب هذا الدين الذي رهنه ، وهذا استخلاف في حق عيني واقع على حق
شخصي . ويخلص من هذا أن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً ، سواء كان هذا الشيء

— والتزله بالفرائض المستحقة على المحل متضافاً في ذلك اسم البائع ، والتزام مشتري العقار بقصد الإيجار إلى
أربمها البائع) — كما أن الالتزام لا ينتقل إلى السلف إذا كانت شخصية السلف ملحوظة في إبرامه .

إلا أن هناك حالة تسترعى النظر ، وهي حالة القصد المزمع للجانبين الذي يبرمه السلف (كمقد التأمين على
العقار المبيع ضد الحريق) فإن انتقال الحقوق المتولدة عن هذا القصد إلى الخلف الخاص تقتضي قيامه بوفاء
الالتزامات المتأصلة وإلا فإنه يتعرض للدفع — من جانب المتعاقد الآخر — بعدم التنفيذ ، ومن ثم كان
لزماً أن ينتقل إليه القصد بشقيه (الإيجابي والسلبي) ، وهذه الفكرة تجعل ارتباط الخلف الخاص بالتزامات
القصد رهيناً بحياته ، وإن كان عدم التنفيذ لا يعني السلف من المسؤولية ، كما أن لإرادة المتعاقد الآخر دخلاً
في ذلك إذ أنه قد يرفض إحلال الخلف محل السلف في الالتزام .

وقد حاول البعض لإرجاع التزام الخلف إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ، إذ يشترط السلف على خلفه
أن يقوم بوفاء الالتزامات التي عقدها السلف مع الغير في شأن المال المتصرف فيه . وهو رأي متقد لأن
الخلف هنا لا يتلقى الالتزام السابق بل يلتزم التزاماً جديداً .

(أنظر في حواشي العقود المزمرة للجانبين رسالة شارل لاب Lapp : ستراسبورج ١٩٥٠ — ويحت
الأستاذ تيليس Teles المقدم للمؤتمر الثالث لقانون المقارن المتقدم بلندن) المحلة الاقتصادية لقانون المقارن
سنة ١٩٥١ ص ٢١٧) ومارتن وريتو ج ٢ بند ٨٢٣ — ٨٣٠) . وأظن فيما تقدم الدكتور حشمت
أبو سقيت (طبعة ١٩٥٤) هامش ١ في صفحة ٢٧٩ — وعبد الحى حجازي (المصادرة طبعة ١٩٦٢)
بند ٤٢٦ وما بعده . وفي الفقرة ما بين الخلف الخاص والمستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير : الدكتور
عبد الحى حجازي — مقال في مجلة العلوم القانونية السنة الخامسة بعنوان « نظرات في الاشتراط لمصلحة
الغير » ص ١٩٠ بند ٢٥] .

حقاً عينياً أو حقاً شخصياً ، أو يتلقى حقاً عينياً على هذا الشيء . أما من يترتب له حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يكون خلقاً خاصاً له ، بل يكون دائناً . فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر ، بل هو دائن له^(١) . والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلي . إنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الإيجار ، لأنه تلقى عنه حقاً شخصياً ، ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له في ذمته حق شخصي . ولا يعتبر البائع الذي يسترد العين من المشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله خلقاً خاصاً للمشتري^(٢) ، لأن كلا من الفسخ والإبطال له أثر رجعي ، فلا يكون البائع متلقياً للملكية من المشتري كما في المقابلة بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلاً إلى المشتري فلا يصح أن يقال إنه تلقاها منه ثانية .

والمثل المألوف في الخلف الخاص هو من يتلقى عيناً من سلفه^(٣) كالمشتري بخلف البائع

(١) فيجوز أن يستعمل حقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة ، كأن يطعن التقادم ضد شخص وضع يده على العين المؤجرة . ويجوز كذلك أن يطعن في تصرف مدينه بالدعوى البوليصة ، كما إذا باع المؤجر العين متواطئاً مع المشتري حتى يتخلص من حق للمستأجر بفرض أن الإيجار غير ثابت التاريخ . واضطر في وضع الدائن العادي هامش (١) في صفحة (٥٩٧) .

(٢) [ويشير الدكتور عبد الحى حجازي إلى مثال قريب من ذلك : حالة المرفق العام ، ينتهي التزامه ويرد إلى جهة الإدارة ، فلا تعتبر الإدارة خلقاً خاصاً للمرفق — انظر حجازي بند ٤٢٥ وحكم تقضى ١٩٥٧/٥/٣٠ — الذى أشار إليه . وقد قضت محكمة النقض في هذا الحكم بأنه إذا انتهت مدة الالتزام (التزام المرفق العام) وعاد المرفق إلى الإدارة فإن الإدارة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام لمن كان يقوم بإدارته ، ومن ثم لا تلزم بما علق به من ديون أو التزامات في ذمة المستل بلسبب إدارة المرفق (تقضى مدنى ١٩٥٧/٥/٣٠ — مجموعة أحكام التقضى ٨ رقم ٥٩ من ٥٤٦) — واضطر في قس المبنى حكم محكمة القاهرة الابتدائية في ١٩٦١/١٢/٣١ (المجموعة الرسمية السنة (٦٠) رقم ٥٤ من ٤٤٥) — وكذلك قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر ضد ملتزم المرفق العام والحراسة الإدارية التي كانت مفروضة عليه ، لا ينسحب أثره إلى المرفق ذاته بعد إسقاط الالتزام ، ولهنا قضت برفض الطعن المرفوع عن ذلك الحكم من الإدارة الحكومية للمرفق ، لأنه غير منتج (تقضى مدنى في ١٩٦١/١١/٢٢ — مجموعة أحكام التقضى السنة ١٢ رقم ١١٤ من ٦٩٦) .]

(٣) والظاهر أن انتقال الشيء من السلف إلى الخلف يجب أن يكون بعمل إرادى ، كقصد أو وصية ، فن يكتسب عيناً بالتقادم لا يكون خلقاً خاصاً للمالك الأسلى [وذلك لأنه يتصلك العين بسبب مبتدأ من أسباب كسب الملكية لا بسبب ناقل] : (دى هلتس ١ في الخلف ققرة ٢٢ — حلى بهجت بدوى ققرة ٢٠١ — [عبد الحى حجازي بند ٤٢٥] — ثارن لايورد لا كوست ققرة ١١٦ وما بعدها) . =

في العين المبيعة . فإذا كان البائع قد أبرم عقداً بشأن العين التي باعها ، فهل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري ؟ بديهى أن العقد كان قد أبرم بعد انتقال البيع إلى المشتري فإن أثره لا ينصرف إلى المشتري . بر من الغير . أما إذا كان العقد قد أبرم قبل انتقال البيع إلى المشتري ، فهنا يختلف الوضع . إذ يصح التساؤل هل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري وقد تلقى البيع والعقد في شأنه قائم ؟ فلا تعرض إذن مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلا إذا توافر شرطان : (أولاً) أن يكون العقد قد أبرم في شأن الشيء المستخلف فيه . أما إذا كان قد أبرم في شأن آخر فلا تعرض المسألة ، كما إذا باع شخص عيناً وأصبح المشتري خلفاً خاصاً له في هذه العين ، فلا محل للتساؤل عما إذا كان هذا الخلف ينصرف إليه أثر قرض عقده البائع حتى لو كان هذا القرض سابقاً على البيع مما جعل العين المبيعة تدخل في الضمان العام المقرض ، وليس للمقرض في هذه الحالة إلا الطعن في البيع بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها . (ثانياً) أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الشيء المستخلف فيه للخلف الخاص . فيجب إذن أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ وسابقاً على التاريخ الذي انتقل فيه الشيء إلى الخلف (١) .

والاقت من الناحية الفنية أن يقال إن انتقال الشيء إلى الخلف يكون بأى سبب من أسباب انتقال الملك كالعقد والوصية والتفاد ، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف إلى الخلف إلا إذا كان انتقال الشيء بعمل إرادى ، فهو وحده الذى يمتنع مع فكرة حوالة الحق أو الدين وهى الفكرة التى يؤسس عليها عادة انصراف أثر العقد إلى الخلف كما سئى .

(١) وقد جاء في الذكر الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « الخلف الخاص هو من يكتسب ممن يستخلفه حقاً عينياً على شئ معين ، كالشترى والموهوب له والتمتع ، فإذا عقد المستخلف عقداً يتعلق بهذا الشيء انتقل ما يرتب هذا العقد من حقوق والتزامات إلى الخلف الخاص بشروط ثلاثة : أولها أن يكون تاريخ العقد سابقاً على كسب هذا الخلف للشيء ويراعى أن العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ ... » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٧٥) .

والحكم كالعقد لا يمتدى أثره إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشيء إلى الخلف ، ولا يمكن أن تكون الدعوى قد رفضت قبل انتقال الشيء إذا كان الحكم قد صدر بعد ذلك (أنظر في هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ : المحاماة ٢٠ رقم ٦٢١ ص ١٤٢٨) . [وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الحكم لا تمتد إلى الخلف الخاص إلا إذا كان الحكم سابقاً على اكتساب الخلف حقه : قض مدنى ١٩٥٨/٣/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ٣٢ ص ٢٤٣] .

ونأى بمثلين يبينان الأهمية العملية للمسألة التي نحن بصدها : أمن شخص على منزله من الحريق ثم باعه ، فهل ينتقل للمشتري حق البائع في التأمين ؟ باعت شركة أرضاً واشترطت على المشتري أن يكون البناء على نحو معين ، ثم باع المشتري الأرض لمشتري ثان ، فهل ينتقل إلى المشتري الثانى التزام المشتري الأول بالبناء على نحو معين ؟

٣٥١ - متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص : وقد وضع التقنين المدني الجديد معياراً يعرف به متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص . فذكر أن الحقوق والالتزامات التي تنشأ من العقد تنتقل إلى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء . « إذا كانت من مستزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه » . وقد قدمنا أن هذا المعيار ليس إلا تأصيلاً لما جرى عليه القضاء في مصر وفي فرنسا قبل صدور التقنين الجديد .

وتعتبر الحقوق من مستزمات الشيء إذا كانت مكتملة ، كما تعتبر الالتزامات من مستزمات الشيء إذا كانت محددة له . يبرر ذلك أن الحقوق المكتملة للشيء إنما هي في الواقع من الأمور تعتبر من ثوابع هذا الشيء ، والتابع ينتقل مع الأصل . أما الالتزامات التي تحدّد الشيء فيجب أن تنتقل أيضاً معه ، لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك^(١) ومن ثم كانت الحقوق المكتملة للشيء والالتزامات المحددة له هي من مستزمات هذا الشيء تنتقل معه إلى الخلف الخاص^(٢) . وننظر الآن في تطبيقات عملية لهذه المبادئ المعيارين الفرعيين .

(١) انظر الدكتور عبد الحى حجازى (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٢٦٦ حيث يميز ما بين أثر العقد بالنسبة للأشخاص ، ومدى الحق الذى ينتقل للخلف ، ويذكر أن هذه المسألة الأخيرة يحكمها مبدأ (أولها) أن الخلف لا يستطيع أن يكسب من الحقوق أكثر مما كان لسلفه (وثانيها) أن الملحقات تتبع الأصل . أما استفادة الخلف الخاص من الحقوق للتعلق بالشيء الذى آل إليه ، والتزامه أو عدم التزامه بالالتزامات السلف ، فهذه مسألة أثر العقد بالنسبة للأشخاص] .

(٢) [قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوباً فيه على أن كل ما يحدّته المستأجر في الأعيان المؤجرة من إصلاحات أو إنشاءات يكون ملكاً للمؤجر ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فكل الحقوق التي كسبها المؤجر تجاه المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع فتنتقل بحكم القانون إلى المشتري وتباً لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناشئ عن فعله غير المشروع بذلك الأعيان (نقض مدنى ١٩٥١/١١/٢٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦ ص ٨٣)] .

٣٥٢ - الحقوق المسكوتة لشيء : الحق ، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف ، يجب أن يكون مكملاً للشيء الذي انتقل إلى الخلف كما قدمنا . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف :

١ - الحقوق العينية التي ترتبت لمصلحة الشيء . فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق للمعين ، فإن الخلف الذي تنتقل إليه العين يتأقماها متمتعة بهذا الحق^(١) .

٢ - الحق الذي يكون تأميناً لشيء ، سواء كان هذا التأمين عينياً أو شخصياً ، لأن التأمين يعد مكملاً للشيء ، إذ هو يحفظه ويقويه ، فإذا حول الدائن حقه ، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من كفالة أو رهن أو غير ذلك^(٢) .

٣ - وينتقل أيضاً إلى الخلف الحقوق الشخصية التي يكون الفرض منها دهر ضرر عن الشيء ، لأن الحق الذي يقصد به وقاية الشيء من الضرر يعد مكملاً لهذا الشيء إذ هو يحفظه كما في التأمينات . فإذا تصادف شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق ، ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل المشتري^(٣) . وينتقل تبعاً لذلك التزام

(١) ونحن في هذا لم نفرق بين ما إذا كان الحق الذي انتقل إلى الخلف حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، خلافاً لما ورد في الأعمال التحضيرية أمام لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ (فارت أيضاً الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ٢٠٤ - فقرة ٢٠٤ مكررة) .

(٢) وكالتأمينات دعاوى الفسخ فهي من شأنها تأكيد الحق ، فالحال له بالثمن ينتقل إليه حق البائع في الفسخ إذا لم يستوف الثمن من المشتري ، بخلاف دعاوى الطلاق فهي لا تنتقل إذ هي تتناق مع الحق لا تؤكده . كذلك ينتقل الحق في الحصول على سند تنفيذي بالدين المحال به (محكمة استئناف أسبوط في ٩ مارس سنة ١٩٤٨ الحامدة ٢٨ رقم ٤٢٨ ص ١٠٤٨) .

(٣) وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي أولاً ، ثم عدل عن ذلك وأصبح الأمر الآن يتعلق بتفسير عقد التأمين ويرد فيه عادة شرط يفضي بانتقال الحقوق الناشئة عنه إلى الخلف بقيود معينة (بلانويل وريير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ٤٥٤ هامش رقم ٤) . أما القضاء المصري فالظاهر أنه يرى أن الحق الناشئ عن عقد التأمين لا ينتقل مع الشيء المؤمن عليه إلى الخلف (محكمة مصر الوطنية مستجبل في ١٠ يولية سنة ١٩٣٢ الحامدة ١٣ رقم ٥٧٠ ص ١١٤٣ - استئناف مخطط في ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥) . ولكن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تشير صراحة إلى عكس ذلك فتقول : « ... أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء ، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له كعقد التأمين مثلا ، أو إذا كانت هذه الالتزامات تعمد من حرية الانقضاء به كما هو =

البائع بدفع أقساط التأمين^(١) . ومثل حق البائع في التأمين حقه قبل البائع له في ضمان الشيء ضمان استعاقق أو ضمان عيب ، فالبائع لشيء ينقل مع هذا الشيء إلى المشتري حقه في الضمان^(٢) . ومثل هذا أيضاً حق بائع المتجر في عدم منافسة شخص آخر للمتجر أو في تقييد موظف قديم في حريته في العمل حتى يتمتع عن هذه المنافسة ، هذه الحقوق كسبها صاحب المتجر ليدراً خطر المنافسة عن متجره فهي مكحلة للمتجر وتنقل معه إلى المشتري . أما إذا كان الحق لا يمكن اعتباره مكلاً للشيء فإنه لا ينتقل إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

١ - حق السلف إذا لم يكن من شأنه تقوية الشيء الذي انتقل إلى الخلف أو دءر الخطر عنه . فإذا تعاقد السلف مع مقاول لإقامة بناء على الأرض التي انتقلت إلى الخلف لم ينتقل حق السلف إلى الخلف . ومثل هذا حق صاحب السيارة إذا استأجر مكاناً تأوى إليه السيارة (جراج) ، فإذا باعها لم ينتقل هذا الحق إلى المشتري .

٢ - حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته فإذا اشترى طبيب أرضاً يقيم عليها مستشفى مبتعلاً ، وتعاقد مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة في أوقات محددة لهذا المستشفى . فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشتري للأرض بعد نقل للمستشفى ، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التي يبعث . وإذا باع شخص جزءاً من قطعة أرض وبنى المشتري على هذا الجزء مصنعاً لتوليد الكهرباء ، واشترط البائع على المشتري

الشان في الالتزام بعدم البناء « مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٥ » . انظر أيضاً في هذا المعنى قانوناً خاصاً صدر في سويسرا سنة ١٩٠٨ .

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٥ .

(٢) وللمشتري أن يرجع يدعوى مباشرة على البائع لباثمه ضمان الاستعاقق أو ضمان العيب أو بأى ضمان اشترطه البائع لنفسه . ويرتب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان ، فإن هذا لا يمنع المشتري من الرجوع بالضمان على البائع لباثمه . [وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع ينقل للمشتري جميع الحقوق المتعلقة بالبيع والدعاوى المرتبطة به ومنها حق البائع في تسليم المبيع من البائع السابق . وهذا الأمر يترتب على عقد البيع ولو لم يكن مسجلاً ، باعتباره من الحقوق الشخصية التي تتولد عنه : قضى مدني ١٩٥١/١٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ٥٣ ص ٣٠١] .

أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض ، فإن هذا الشرط لا ينفذ به المشتري لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع .

٣٥٣ — **مقررات المحددة للشيء** : والالتزام ، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف ، يجب أن يكون محدداً للشيء^(١) . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف :

١ — **الارتفاقات العينية التي ترتبت على الشيء** إذا كانت قد شمرت طبقاً لما يقتضيه القانون . فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق على العين ، فإن العين تنتقل مثقلة بهذا الحق إلى الخلف ، أما إذا كان ما رتبه السلف التزاماً شخصياً كالإلتزام للوَجَر ، بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها ، فلا تنتقل التزاماته إلى المشتري إلا بنص في القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف^(٢) .

(١) ويقال عادة إن الإلتزام ينتقل إلى الخلف عن طريق حوالة الدين ، كما ينتقل الحق إليه عن طريق حوالة الحق . وقد كان التقنين المدني القديم لا يعرف حوالة الدين ولم يكن فيه نص يقضى بانصراف أثر القيد إلى الخلف الخاص ، ومن ثم كانت هناك مشقة في تأصيل انتقال الإلتزام إلى الخلف ، فليجأ الفقه إلى قاعدة الاشتراط لصحة التغير مصوراً أن السلف اشترط على الخلف أن يقوم بالإلتزام لمصلحة البائى (نظرية القيد المؤلف من ٧٤١ هامش رقم ١ — فارن الدكتور حلى بهجت بدوى ص ٢٠٧ وما بعدها) ، أما في التقنين المدني الجديد فلا حاجة بنا إلى هذا التصور بعد أن اعترف هذا التقنين بحوالة الدين وظلها في نصوصه . بل إن نص المادة ١٤٦ من التقنين المدني الجديد أصبح الآن يكفي وحده سنداً لانصراف أثر القيد إلى الخلف ، وتكون حوالة الحق أو الدين تمت بحكم القانون .

(٢) كذلك التزم صاحب المتجر نحو مستخدميه لا ينتقل إلى المشتري للتاجر ، فلا يجبر المشتري على احترام عقود هؤلاء المستخدمين إلا إذا اشترط عليه ذلك . ويبقى البائى وحده مسئولاً بنحوه ، كما أن حق البائى قبله لا ينتقل إلى المشتري — هذا ويلاحظ أن للتاجر في ذاته مجموع من المال ، فلو اعتبرنا أن المشتري يخلف البائى في هذا المجموع فيصبح بهذا الاعتبار خلفاً عاماً ، لانتقلت جميع حقوق المتجر والتزاماته إلى المشتري ، وقد يدخل في ذلك حقوق المتجر والتزاماته نحو المستخدمين إذا اعتبرناها داخلة في هذا المجموع من المال . ولكننا نضرب متجراً خلفاً خاصاً لبائيه ، لأن المتجر وإن كان في ذاته مجموعاً من المال ، إلا أنه بالنسبة إلى مجموع مال البائى لا يخرج عن أن يكون عيناً معينة وليس بجزء شائع في هذا المجموع [غير أن المشرع خرج في قانون عقد العمل الفردي على هذه البائى العامة بقرار في المادة ٢/٨٥ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ — أن عقد استخدام عمال المنشأة يبقى قائماً مع الخلف حتى لو كان خلفاً خاصاً وقرر في الفقرة ٣ من المادة ٨٥ مسئولية الخلف مع السلف بالتضامن في الإلتزامات التي رتبها القيد قبل انتقال ملكية المنشأة . وقد كانت هذه الأحكام ضمنها مقررة بمقتضى الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٤٨ من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ — وبذلك لم يعد لتغير شخصية المالك أثر على =

٢— الالتزام الذي يقيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال . فإذا التزم السلف بعقد ألا يستعمل المنزل الذي يملكه في حى للسكنى مقهى أو مطعماً ، انتقل هذا الالتزام إلى الخلف . كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رفته ، فإن هذه القيود ، سواء اعتبرت التزامات شخصية أو ارتفاعات عينية ، تنتقل إلى المشتري بمقتضى هذه القاعدة أو بمقتضى القاعدة السابقة . وقد اعتبرها القانون الجديد (م ١٠١٨) ارتفاعات عينية ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٣— التزام السلف الذي يفل يده عن استعمال بعض حقوق المالك ، كمن اشترى أرضاً من شركة تعمل في استخراج المعادن فاشتطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتمويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال ، وكصاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن مباشرة التجارة في جهة معينة كفاً للنافسة^(١) .

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشيء الذي انتقل إلى الخلف ، فلا ينتقل مع الشيء إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) التزام السلف إذا كان لا يثقل العين أو يكيف من استعمالها أو يمنع من استعمال

== مركز العامل . وهذه الحماية التي قررها القانون للمال تتفق مع الاتجاه الحديث في القانون المقارن انظر في شرح هذه النصوص : الدكتور جمال زكي : عقد العمل في القانون المصري طبعة ١٩٥٦ بـ ٢٠٥ من ٤٩٥ — ٤٩٩ — ثم كتابه « الويجز في قانون العمل » طبعة ١٩٦٢ بـ ١٨٨ من ٣٢٤ — وانظر أيضاً المادة ٤٢ من قانون عقد العمل الفردي رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤] .

(١) انظر مع ذلك محكمة الاستئناف المختلطة وقد قضت بأنه إذا اشترى شخص من آخر حق صنع مواد معينة والتزم بأن يمتنع عن تصدير هذه المواد إلى الخارج قطلاً للنافسة ، ثم باع الحق الذي اشتراه إلى مشتر ثان ، فإن الالتزام الذي ترتب في حقه لا ينتقل إلى المشتري الثاني (٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٣٢٨ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٣٢٧) .

ويقع أن تباع الحكومة أرضاً ، وتفترط على المشتري أنها « إذا نزع ملكيتها للصحة العامة في خلال مدة معينة فلا تلتزم إلا برد الثمن فقط » فإذا باع المشتري الأرض لمشتري ثان التزم المشتري الثاني بهذا الصرط باعتباره خلقاً خاصاً للمشتري الأول .

بعض حقوقها . فالتزام بائع الأرض الذى اتفق مع مقاول على البناء لا ينتقل إلى مشتري الأرض كما لا ينتقل الحق على النحو الذى قدمناه . والتزام بائع السيارة نحو صاحب « الجراج » لا ينتقل إلى من اشترى السيارة كما لا ينتقل الحق^(١) . كذلك لا ينتقل التزام السلف بتمويض ما أحدثه الشيء الذى انتقل إلى الخلف من الضرر ، سواء كان هذا التمويض ناشئاً عن عقد قدر فيه الضرر أو كان ناشئاً عن العمل الضار ذاته^(٢) .

٢ — التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فليس على من اشترى ما وُهب لبائعه على أن يقوم البائع بالنفقة على الواهب أو بخدمته ، قضاء شيء من ذلك .

٣٥٤ — وموجب علم الخلف بالالتزامات والحقوق متى تنتقل إليه : وغنى عن البيان أن الخلف لا تنتقل إليه التزامات سلفه أو حقوقه إلا إذا كان علماً بها وقت انتقال الشيء إليه . وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص فى انتقال الالتزامات ، لأنها قيود تنتقل إلى الخلف فمن المدلل أن يكون علماً بها وقت انتقالها إليه^(٣) .

ويشترط العلم اليقيني لا مجرد استطاعة العلم . وقد كان كل من للشروع التمهيدى والمشروع النهائى للتفتين للدنى الجديد يكتفى باستطاعة العلم ، ولكن لجنة القانون المدنى

(١) ويمكن القول بوجه عام أنه إذا لم ينتقل الحق ، فإن الالتزام هو أيضاً لا ينتقل .

(٢) استئناف مخطوط ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ س ٢٢٣ — ولا ينتقل إلى المشتري الالتزام الذى نشأ عن وعد بالبيع صدر من البائع قبل أن يبيع المين للمشتري .

(٣) [هذا بالنسبة إلى انتقال الالتزامات] . أما فى انتقال الحقوق إلى الخلف الخامس ، فيعتد بالعلم ولو تأخر عن وقت انتقال الشيء إلى الخلف ، والدليل على حصوله يستخلص على كل حال من مجرد مطالبة الخلف بالحق .

وإذا كان القصد ، مصدر الحق الذى انتقل إلى الخلف ، عقداً ملزماً للجانبين ، وتمسك الخلف بالحقوق الناشئة عن هذا القصد ، جاز للمعاقد الآخر أن يطالبه بالالتزامات المقابلة ولو لم يعلم (الخلف) بهذه الالتزامات وقت انتقال الشيء إليه . ذلك أن التصاعد الآخر يستلزم أن يطلب فسخ القصد الملزم للجانبين ، وأن يدفع بصدق تنفيذ هذا القصد ، إذا هو لم يستوف هذه الالتزامات المقابلة [انظر ما تقدم فى هامش صحيفة ٦٠٥ من هذا الكتاب — وانظر أيضاً الدكتور سليمان مرقس — مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٠

ص ٤٠١ فى نهاية فقرة ٣٠٥]

بمجلس الشيوخ عدلت النص حتى يقتصر حكمه على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به^(١).

وينفى عن العلم التسجيل أو القيد في الحقوق العينية التي يجب شهرها ، طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .

المبحث الثاني

أثر المقد بالنسبة إلى الغير

٣٥٥ — الخلف قد يكونه من الغير : قدمنا أن كلا من الخلف العام والخلف الخاص ينصرف إليه أثر المقد ، إلا في أحوال معينة يصبح فيها من الغير .

فالخلف العام يكون من الغير ، كما رأينا ، إذا أثبت أن التصرف الذي صدر من سلفه قد صدر في مرض الموت ، فلا يسرى التصرف في حقه إلا على اعتبار أنه وصية .

والخلف الخاص يكون من الغير ، ولا ينصرف إليه أثر المقد ، إذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشيء إلى الخلف ، أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل لشيء أو غير محدد له .

وتبين من ذلك أنه إذا كانت القاعدة هي ألا يكون الخلف من الغير ، فينصرف إليه أثر المقد ، إلا أن الخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، يصبح في أحوال معينة من الغير ، فلا ينصرف إليه أثر المقد أصلاً ، أو ينصرف إليه على اعتبار أنه وصية^(٢).

(١) انظر الأعمال التحضيرية التي سبقت الإشارة إليها آخراً — فقرة ٣٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٧ — ٢٧٨) — [وانظر الدكتور آثور سلطان مصادر الإلتزام طبعة ١٩٦٢ ص ٣٣٠] .

(٢) [انظر في تحديد معنى الغير : كولان وكايتان وجوليودي لامورانديير (الطبعة المباشرة) ج ٢ بند ١٧٩ — وعندما أن الغير يقتصر على الأجنبي عن المقد ، التريب عن طريقه عملاً — وريبير وبولانجيه في الجزء الثاني من جيز بلانيول (الطبعة الرابعة) بند ٥٤٧ وما بعده — حيث يدرجان —]

٣٥٦ — الغير المؤمن أصلاً عن القصد : أما الغير ، الذى لم يكن طرفاً فى العقد ولا خلفاً لأحد من المتعاقدين ، وهو ما يسمى بالغير الأجنبي أصلاً عن العقد (penitus extranei) ، فلا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيداً عن دائرة التعاقد . فالصالح الذى يقع بين الدائن والورثة لا يسرى فى حق بقية الورثة . والعقد الذى يصدر من أحد الشركاء فى الشيوع لا يقيد بقية الشركاء إلا فى حدود الفضالة . ويبيع ملك الغير لا يسرى فى حق المالك الحقيقى الذى لم يكن طرفاً فى العقد^(١) .

على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضى بانصراف أثر العقد إلى الغير .

فالعدالة قد تقضى بأن يكون للغير دعوى مباشرة (action directe) هى دعوى أحد المتعاقدين على الآخر فى عقد لم يكن هذا الغير طرفاً فيه . ولا يكون ذلك إلا بنص خاص فى القانون . من هذا ما تقضى به المادة ٥٩٦ من أن يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينفذه للمؤجر . فالمؤجر يرجع إذن بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن ، هى دعوى المستأجر الأصلي فى عقد الإيجار من الباطن ، مع أن المؤجر لم يكن طرفاً فى هذا العقد . وكذلك يكون

== أيضاً الخلف العام والدائن المادى تحت مدلول كلمة الغير — ويبدان ج ٩ فقرة ٩٢٣ حيث يقرر أن الغير هو كل من لم يرض صراحة أو ضمناً أن يصبح دائناً أو مدينأً بمقتضى الاتفاق ، وهو يرى أن كلمة الغير تنظم الأجنبي عن العقد ، والدائن المادى ، كما تنظم أيضاً الخلف الخاص فى الأصل أى فى غير الحالات التى يثار فيها الخلف الخاص تصرفات سلفه المتصلة بالعين التى انتقلت من السلف إلى الخلف] .
[انظر أيضاً رسالة أوسيل (Ausset) عن فكرة الغير فى القانون المدنى الفرنسى — رسالة من موبليه سنة ١٩٥٣] .

(١) [وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن الشفع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة (قضى مدنى ١٥ مايو ١٩٥٢ — مجموعة أحكام النقض — ٣ — رقم ١٦١ من ١٠٦٣ وقضى مدنى ٢٩ يناير ١٩٥٣ — نفس المجموعة — ٤ — رقم ٥٩ من ٤١١ وقضى مدنى ٢٥ مارس ١٩٥٤ — نفس المجموعة — ٥ — رقم ١٠٤ من ٦٣٥ وترتيباً على ذلك يجوز للشفع أن يثبت صورية الثمن بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة (قضى مدنى ٢ أبريل ١٩٥٩ — نفس المجموعة — ١٠ — رقم ٤٦ من ٣٠٣)] .

للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يتجاوز المقدار الذى يكون مدينًا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى (٦٦٢ م) وللوكيل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (٧٠٨ م) .
وسنعرض تفصيلاً للدعوى المباشرة عند الكلام فى الدعوى غير المباشرة .

واستقرار التعامل قد يقضى بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفاً فيه . كالتصرف الذى يصدر من الوارث الظاهر فإنه يسرى فى حق الوارث الحقيقى مع أن هذا لم يكن طرفاً فيه ^(١)، وكالإيجار الذى يصدر من غير المالك دون غش لمستأجر حسن النية فإنه يسرى فى حق المالك الحقيقى فى بعض الأحوال .

ولكن الأثر الذى انصرف إلى النير فى الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود ، لم يردده المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبنى على اعتبارات لا دخل للإرادة فيها ^(٢) .

أما أن التعاقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير ويكون أثراً مقصوداً أراداه المتعاقدان ، فذلك ما تكفلت ببيان الحكم فيه المادة ١٥٢ من التقنين المدنى الجديد ، إذ تقول :
« لا يرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » ^(٣) .

(١) انظر : نظرية الأوضاع الظاهرة للدكتور عبد الباسط جيمى (رسالة من القاهرة - سنة ١٩٥٦) وقد سبقت الإشارة إليها] .

(٢) [انظر فى حالات الخروج الحقيقى على قاعدة نسيبة العقود ، وانصراف أثر العقد إلى الغير : يبدان ج ٩ بند ٩٣١ - ٩٣٣ وقد أشار فى بند ٩٣٢ إلى العقود الجماعية وخاصة عقد العمل المشترك - وانظر فى ذلك أيضاً الدكتور حشمت أبوستيت مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٤ بند ٣٠٣ ص ٢٨٣ - ٢٨٤ - وبنفس المعانى : الدكتور أنور سلطان - مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٢ بند ٢٧٦ ص ٣٣٢ وما بعدها - والدكتور عبد الحى حجازى مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٢ بند ٤٣٦ ص ٧٠٠ - ٧٠١ - وانظر أيضاً حى باج ج ٩ بند ١٢٠ مكرر ثالثاً] .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٨ من المشروع التيهيدى على وجه مطابق لنص القانون الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٦ فى المشروع التيهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة لتعديله ، ثم انتهت اللجنة إلى إقراره كما هو تحت رقم المادة ١٥٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ =

فالتعهد عن الغير لا ينصرف أثره إلى الغير ، ولا يرتب في ذمته التزاماً . والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير ، ويكسبه حقاً .

ونبحث الآن كلا من هاتين المسألتين : (١) التعهد عن الغير . (٢) والاشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول

التعهد عن الغير^(٥)

(Promesse de porte—fort)

٣٥٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٣ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

== ص ٣٠١ — ص ٣٠٤ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « الأصل في العقود أن تقتصر آثارها على عاقدتها . فلا يرتب ما تنفى من التزامات إلا في ذمة المتعاقدين ومن ينوب عنهم من الحلفاء والنائين ، وليس الوعد بالتزام الغير إلا تطبيقاً لهذه القاعدة . وكذلك الشأن فيما ترتب العقود من حقوق ، فلا ينصرف فيها إلا إلى المتعاقدين ومن ينوب عنهم . على أنه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير ، وهذا هو الاستثناء الوحيد الذى يرد على القاعدة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٢) .

ويقابل هذا النص النصوص الآتية في التقنين المدنى القديم :

« م ١٤١/٢٠٢ : لا ترتب على المشارطات منفعة لغير عاقدتها ... » .

« م ١٤٢/٢٠٣ : لا ترتب على المشارطات ضرر لغير عاقدتها ... » .

ويقابله في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٣ (مطابق) -- اللي م ١٥٤ (مطابق) -- العراقى لمقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) -- اللبناني م ٢٢٥ (مقارب) .

(*) بعض المراجع : تامبواز (Tamboise) رسالة من ليل سنة ١٩٠٦ — بلوماير (Bellomayre) رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — سافاتييه (Savatier) في (Répertoire pratique du notariat) سنة ١٩٢٨ ص ٦١ و ص ١٠٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٧٠ وما بعدها — الدكتور حلى بهجت بدوى فقرة ٢٦٣ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت طبعة ١٩٥٤ فقرة ٣٠٥ وما بعدها . [الدكتور سليمان مرقس بند ٣١١ ص ٤٠٨ وما بعدها — الدكتور أنور سلطان طبعة ١٩٦٢ بند ٢٧٧ ص ٣٣٥ وما بعدها — الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بند ٣٤٠ ص ٣٧٨ — الدكتور عبد الحى حجازى بند ٤٣٧ ص ٧٠٢ — ميدان ج ٩ فقرة ٦٢٤ — دى باج ج ٢ بند ٧٢٩ ص ٦٦٠ — فلاتيه : العقود لحساب الغير — باريس ١٩٥٠] .

« ١ — إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهد . فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على التعهد أن يعرض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التمييز بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به » .

« ٢ — أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، ما لم يبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد » ^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم . إلا أن النص لا يستحدث حكماً جديداً قد كان الفقه والقضاء يجريان على مقتضاه قبل صدور التقنين المدني الجديد .

٣٥٨ — الصور العملية للتعهد عن الغير : والتعهد عن الغير غير نادر الوقوع في الحياة العملية . ويراد به في الغالب علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا ذى الشأن لسبب ، فيلتزم عنه غيره . مثل ذلك شركاء في الشيوع يتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات بيع مال القاصر ، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« ١ — إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه . ويجب عليه أن يعرض من تعاقد معه إذا رفض الغير أن يلتزم . ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التمييز بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به ، إذا كان ذلك في استطاعته من غير أن يضرب باللائن — ٢ — أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن إقراره لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يسحب أثر الإقرار إلى اليوم الذي صدر فيه الوعد » . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص وأصبح رقمه ١٥٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ استبدلت كلمة « تعهد » ومشتقاتها بكلمة « وعد » ومشتقاتها ، لأن التعهد يؤدي معنى الالتزام وهذا ما لا يفيد الوعد ، وحذفت عبارة « إذا أمكن ذلك دون إضرار باللائن » من الفقرة الأولى ، وأدخلت تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٥ — ص ٣٠٩) .

وتقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٥٤ (مطابق) — الليبي م ١٥٥ (مطابق) — العراق م ١٥١ (موافق) — اللبناني م ١٩٣ م ٢٢٦ (موافق) .

ولا يستطاع انتظاره خوف ضياع الصفقة ، أو كانوا يقتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويبنون توقي الإجراءات المقدمة للقسمه القضائية . في مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد ، عن أنفسهم وملتزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المقدمة . كذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة ، ولم يتمكن من الحصول على إذن في ذلك من الموكل ، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل .

٣٥٩ — مقومات التعهد عن الغير وتمييزه عما يقارب : ويجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر المقومات الثلاثة الآتية :

(أولاً) أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه . ومن هنا كان الفرق بين التعهد عن الغير وبين الوكيل والفضولي ، فالوكيل يعمل باسم الأصيل ، وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إليه . والفضولي يعمل باسم رب العمل ولمصلحته ، فيلزمه بعمله . أما التعهد عن الغير فيعمل باسمه ، وينصرف إليه هو أثر العقد^(١) .

(ثانياً) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير . ذلك أنه إذا تعاقد باسمه وأراد إلزام الغير بتعاقده ، فإن العقد يكون باطلا لاستحالة المحل ، إذ أنه لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفاً فيه . والتزام الغير إنما يأتي لا من تعاقد المتعهد بل من عقد آخر يتم بقبول الغير للتعهد كما سنرى . ومن هنا كان الفرق بين التعهد عن الغير والمشتراط لمصلحة الغير . فالمشتراط لمصلحة الغير يريد أن يحصل للغير حقاً مباشراً يكسبه من ذات العقد الذي أبرمه المشتراط ، وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير ، ويجعل

(١) [انظر الدكتور عبد الحى حجازى مصادر الالتزام طبعه ١٩٦٢ بند ٤٤١ — وحى باج ج ٢ بند ٧٣٥ و ٧٣٦ حيث يرى ان الفضاة قد تقرر بتعهد عن الغير — وانظر أنور سلطان بند ٢٧٩] .

التمهيد عن الغير لا خروج فيه على هذه القاعدة^(١).

(ثالثاً) أن يكون الالتزام الذى أخذه المتعهد على نفسه هو القيام بحمل الغير الذى تمهيد عنه على قبول هذا التمهيد . فالتعهد إذن يلتزم دائماً بعمل شيء^(٢) (obligation de faire) . أما الغير إذا قبل التمهيد ، فإنه يلتزم بهذا التمهيد . وقد يكون محله عمل شيء كأن يقوم ببناء منزل ، أو الامتناع عن شيء كأن يمتنع عن منافسة متجر ، أو نقل حق عيى ، كما إذا تعاقد الشركاء فى الشيوع متعهدين عن شريك لهم على بيع الشيء السائع . والزام التمهيد بحمل الغير على قبول التمهيد هو الزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) وليس الزاماً ببذل عناية (obligation de moyen) . فليس يكفي أن يبذل المتعهد ما فى وسعه لحل الغير على قبول التمهيد ، بل يجب أن يصل فعلاً إلى هذه الغاية فيقبل الغير التمهيد^(٣) . ولكن إذا قبل الغير التمهيد ، وقف الزام المتعهد عند هذا ، فلا يكفل تنفيذ الغير للتمهيد . ومن هنا كان الفرق بين التمهيد عن الغير والسكفيل . فالسكفيل يكفل تنفيذ الزام المدين بعد أن يوجد ، ولا يكفل إيجاده . أما التمهيد عن

(١) وقد جاء فى الذكر الإيضاحية المشروع التيمى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد أشير ابتداء إلى الفارق الجوهرى بين الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بالزام الغير (التمهيد عن الغير) . فالأول يحول الغير حقاً مباشراً ، على قبض الثانى فهو لا يلزم الغير بذاته . فالواعد يلتزم شخصياً ، ويكون من واجبه أن يمتنع من تعاقد معه عتياً أو قدماً إذا رفض الغير أن يتعاقد . ومؤدى هذا أن الغير لا يلتزم إلا بمتنضى إقراره للوعد ، ولا يكون لهذا الإقرار أثر إلا من وقت صدوره ما لم تصرف التبة إلى غير ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩ — ص ٢٧٠) .

(٢) [انظر بيدان ج ٩ بند ٩٦٦ — ودى باج ج ٢ بند ٧٣٣ — وانظر كذلك الدكتور عبدالحى حجازى — فقرة ٤٤٤ — وهو يشير إلى آراء أخرى فى طبيعة الزام التمهيد منها رأى يقول بأنه الزام بدقم مبلغ من النقود بشرط واقف هو رفض الغير أن يلتزم (انظر المرجع السابق بند ٤٤٣ فى قد هذا الرأى) ورأى آخر يعتبر الزام التمهيد التزاماً بالضمان ومؤداه أن التمهيد يؤمن المتعاقد معه من خطر رفض الغير للالتزام (بند ٤٤٦) ويفضل الدكتور حجازى اعتباره التزاماً بالضمان أى يجعل خطر رفض الغير للالتزام أو رفضه القيام بالأداء المطلوب (المرجع السابق بند ٤٤٨) .

(٣) [انظر فى هذا المعنى : أبوسيتيت بند ٣٠٦ — حجازى بند ٤٤٥ — سلطان بند ٢٧٨ : الزام التمهيد هو الزام بنتيجة . وهى الحصول فعلاً على قبول الغير للتمهيد — ولكن الزام التمهيد لا يشمل ضمان تنفيذ الغير للتمهيد الذى قبله) .

النير فيكفل إيجاد الالتزام في ذمة النير ولا يكفل تنفيذه^(١).

٣٦٠ - للنير أنه يقبل التعهد أو يرفضه : والنير حر في قبول التعهد أو رفضه ، ذلك أن التعهد لم يلزمه بشيء كما قدمنا ، فهو أجنبي عن العقد أصلاً (penitus extranei) فلا ينصرف إليه أثره . وهذا ما يجعل التعهد عن النير مجرد تطبيق للقواعد العامة كما مر . ويبقى أن نستعرض الحالتين : (١) قبول النير للتعهد . (٢) ورفضه إياه .

§ ١ - قبول النير للتعهد

٣٦١ - كيف يكونه القبول^(٢) : يكون القبول صريحاً أو ضمناً . ومثل القبول الضمني أن يقوم النير بتنفيذ التعهد . والقبول تصرف قانوني ، فتشترط فيه الأهلية . ولا يشترط فيه شكل خاص إلا إذا اشترط القانون ذلك ، كما في الرهن الرسمي والهبة^(٣).

٣٦٢ - أثر القبول : يعتبر التعهد - وهو عقد بين المتعهد والمتعاقد معه -

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا وعد شخص بأن يجعل النير يلتزم بأمر ، ونصب نفسه زعيماً بذلك ، فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام هذا النير ، وكل ما هنالك أن الواعد يتعهد بالوفاء بالالتزام بعمل شيء هو الحصول على إقرار النير للوعد الذي بذل منه . ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه الدقة . فليس يكنى عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل ما في وسعه للحصول عليه ، ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا ارضى إقراره . وهذا ما يفرق الوعد بالتزام النير عن الكفالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦) .

[انظر الدكتور عبد الحمى حجازى - المرجع السابق بند ٤٣٧ - ويرى الدكتور أبو سنيت أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يتعهد شخص عن النير ثم يكفل للمتعاقد تنفيذ الالتزام . وفي هذه الحالة يطبق على كل من المقدين (التعهد عن النير ، والكفالة) قواعده الخاصة : (المرجع السابق بند ٣٠٦ ص ٢٨٦ وهامش (١) بها) .

هذا وقد قضى تقنين الالتزامات السويسرى (م ١١١) بأن التعهد عن النير لا يكفل إيجاد الالتزام في ذمة النير بحسب ، بل يكفل أيضاً تنفيذ هذا الالتزام . فالتعهد عن النير في القانون السويسرى يتضمن الكفالة .

(٢) ratification .

(٣) [انظر حتى باج ج ٢ بند ٧٤٩ - وأنور سلطان بند ٢٨٥ ص ٣٤٠] .

بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد . فإذا قبل الغير التعهد فقد قبل هذا الإيجاب ، وتم عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع المتعهد . وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذى تم أولاً بين المتعهد والمتعاقد معه .

ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد ، ومن حيث الالتزامات التى تنشأ ، ومن حيث الوقت الذى يتم فيه كل منهما .

أما من حيث أطراف التعاقد ، فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثانى طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير . فهناك طرف مشترك فى العقدین ، هو المتعاقد مع المتعهد . أما الطرف الآخر فختلف ، وهو المتعهد فى العقد الأول والغير فى العقد الثانى .

وأما من حيث الالتزامات ، فالعقد الأول ينشئ التزاماً بعمل شيء فى ذمة المتعهد ، هو حل الغير على قبول التعهد . والعقد الثانى ينشئ التزاماً فى جانب الغير قد يكون محله نقل حق عيى أو عملاً أو امتناعاً عن عمل . وقد مر بيان ذلك .

وأما من حيث وقت تمام العقد ، فالعقد الأول يتم عند تلاقى الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثانى لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير . فليس للقبول إذن أثر رجعى ، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد ، كما هو صريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ وقد مر ذكرها . فإذا تعاقد شركاء فى الشيوخ متمهدين عن قاصر فيهم ، وقبل القاصر التعهد بعد بلوغه سن الرشد ، فالفهم ضمناً أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعى ، يستند إلى وقت تعاقد الشركاء . وإذا قصد الغير أن يكون لقبوله أثر رجعى ، فإن هذا الأثر ينتفى بالنسبة إلى أى شخص كسب حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعى^(١) . فإذا تمهد (أ) أن (ب) يبيع منزلاً يملكه إلى (ج) ، ولكن (ب) باع المنزول إلى (د) ، ثم قبل التعهد الصادر من (أ) ،

(١) انظر يبدان ج ٩ بند ٩٤٠ ص ٤١ هامش ٢ و ٣ — ودى باج ج ٢ بند ٧٤٨ ص ٦٧٦ وهامش ٣ بها — وأنور سلطان بند ٢٨٤ ص ٣٤٠ — وعبد الحى حجازى بند ٤٥٦ .

فإن (ب) يكون قد باع المنقول مرتين متتاليتين ، للمرة الأولى إلى (د) ، وللمرة الثانية إلى (ج) . فإذا كان قبوله للتعهد ذا أثر رجعي أضر هذا بالمشتري (د) إذ يتأخر عن المشتري (ج) . لذلك لا يكون للقبول أثر رجعي بالنسبة إلى (د) فيتقدم على (ج) . أما إذا كان المبيع عقاراً ، فالفاضل يكون بالأسبقية إلى التسجيل^(١) .

وإذا كان صدور القبول من الغير يرتب في ذمته التزاماً على الذبحو الذي يبناه ، فهذا الالتزام قد نشأ من العقد الثاني الذي كان هو طرفاً فيه . ومن ثم لا يكون التعهد عن الغير إلا محض تطبيق للقواعد العامة كما قلنا ، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذي كان أجنبياً عنه ، بل التزم بالعقد الثاني الذي كان طرفاً فيه . والزام الغير بالعقد الثاني يقضى التزام التعهد بالعقد الأول ، إذ أن التعهد يكون قد نفذ التزامه بحمل الغير على قبول التعهد .

§ ٢ - رفض الغير للتعهد

٣٦٣ - **عدم مسؤولية الغير** : قلنا أن الغير حر في قبول التعهد أو رفضه . فإذا رفضه كان غير مسئول ، لأن التعهد لم يرتب في جانبه أى التزام^(٢) .

٣٦٤ - **مسؤولية المصاهر** : ولكن التعهد يبقى مسئولاً عن العقد الذي تم بينه

(١) وقد كان المقع في عهد التقنين المدني القديم يعمل إلى أن يجعل للقبول أثراً رجعياً (انظر نظرية العقد للمؤلف ص ٨٧٠ - ص ٨٧١ وبنوع خاص المحاشيين ١ و ٢ في ص ٨٧١) - هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويحتل الواعد من التزامه بمجرد إقرار الغير للعقد . والواقع أن التزام الواعد ينقضى في هذه الصورة من طريق الوفاء . ويرتب على الإقرار أن يصبح الغير مدنياً مباشرة للمنفذ الآخر ، لا على أساس الوعد الذى قطعه الواعد ، بل بناء على عقد جديد يقوم بداهة من تاريخ هذا الإقرار ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر الإقرار إلى الوقت الذى صدر الوعد فيه . وغنى عن البيان أن الإقرار ينزل منزلة القبول من هذا العقد الجديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦ - ٣٠٧) .

(٢) استئناف مخطوط في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٧١ ص ٦٦ .

وبين المتعاقد معه^(١) . وهو لا يتخلص من التزامه العقدي إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به لسبب أجنبي^(٢) . ولا يعتبر امتناع الغير عن قبول التعهد سبباً أجنبياً^(٣) . فإذا لم يستطع المتعهد إثبات السبب الأجنبي كان مسئولاً . وجزاء هذه للسببية دفع تعويض للطرف الآخر المتعاقد معه عما أصاب هذا من الضرر من جراء رفض الغير للتعهد . ويقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة .

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذى كان يراد من الغير أن يقبله^(٤) . ولكن يجوز للمتعهد إن شاء أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام ، إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلاً بشخص الغير . فالالتزام للتعهد بتنفيذ هذا الالتزام هو إذن التزام بدلى . إذ الالتزام الأصلى هو دفع التعويض ، ولكن يستطيع أن يبرىء ذمته من التعويض بأن ينفذ الالتزام المشار إليه (٢٧٨)^(٥) .

(١) استئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٢ .

(٢) [انظر عبد الحى حجازى بند ٤٥٢ — وأنور سلطان بند ٢٨٢ — وراجع بيدان ج ٩ بند ٩٣٨] .

(٣) ولكن يعتبر سبباً أجنبياً (قوة قاهرة) أن يكون الغير قد أصبح فى حالة لا يستطيع معها أن يصدر منه قبول صحيح بعد أن كان يستطيع ذلك وقت التعهد عنه ، بأن يكون قد حجر عليه أو مات وكان الالتزام متعللاً بشخصه لا يستطيع ورثته أن تقوم به .

(٤) [أنظر بيدان ج ٩ بند ٩٣٨ و ٩٣٩ — وعبد الحى حجازى بند ٤٥١ — وأنور سلطان بند ٢٨٢ — وانظر تطبيق لاجارد على حكم محكمة رن الصاغر بتاريخ ١٩٥٠/٣/٢٠ فى مجموعة سبرى ١٩٥٠ — ٢ — ١٢١ (حالة وفاة المتعهد عن الغير إذا ورثه ذلك الغير نفسه)] .

(٥) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهنيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا امتنع الغير عن إجازة الوعد ، فلا ترتب على امتناعه هذا أية مسئولية ، ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد ذاته . ويكون من واجبه تنفيذ التزامه ، إما بتعويض الماقد الآخر الذى صدر الوعد لصالحه ، وإما بالوفاء عيناً بالتعهد الذى ورد الوعد عليه إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالدائن . ويستوى فى هذا أن يكون الوعد متعلقاً بالتزام بنقل حق عيى أو بسل شيء أو بالامتناع عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦) . هذا وقد كان الفقه المصرى فى القانون القديم متردداً فى أن يميز لغير أن يبدل عن التعويض لى تنفيذ الالتزام عيناً (أنظر فى هذه المسألة نظرية القند المؤلف فى ٨٧٣ هامش رقم ٧) . وقد جاء نص القانون الجديد صريحاً فى حسم هذا الخلاف . وقضى بجواز ذلك .

المطلب الثاني

الاشتراط لمصلحة الغير (*)

(Stipulation pour autrui)

٣٦٥ — النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٤ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

١ — يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية .

٢ — ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل التمتع بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المتعقد بالدفع التي تنشئ عن العقد .

(*) بعض المراجع : رسالة الأستاذ لامير — باريس سنة ١٨٩٣ — رسالة الأستاذ شامبو (Champeau) باريس سنة ١٨٩٣ — رسالة لبري (Le Bray) باريس سنة ١٨٩٩ — سالي في الالتزامات في القانون الألفاني فقرة ٢٤٥ — فقرة ٢٥٨ — رسالة الدكتور حامد المجهني في الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الإنجليزي باريس سنة ١٩٢٥ — مقال للأستاذ لاييه (Labbe) في المجلة العملية (Revue pratique) سنة ١٨٩٩ ص ٣١٤ — مقال للأستاذ بنشون (Pinchon) في المجلة الانتقادية (Revue critique) في المجلد التاسع والعشرين ص ٦١٢ — مقال للأستاذ بيكار (Picard) في المجلة الفصلية سنة ١٩٢٢ ص ٥ [بلانيول وريير واسمان ج ٦ بند ٣٥٢ وما بعده — دي باج ج ٩ بند ٩٤١ وما بعده — دي باج ج ٢ بند ٦٤٩ وما بعده — فلاتيه في القود لحساب الغير ص ١٠٦ وما بعدها — نظرية العقد للؤلؤف بند ٧٧٨ وما بعده — حلي بهجت بدوي — بند ٢٣٣ وما بعده — حشمت أبوسيت طبع ١٩٥٤ ص ٢٩٠ بند ٣١١ وما بعده — سليمان مرس المصاد طبع ١٩٦٠ ص ٤١٣ بند ٣١٦ وما بعده — العميد أنور سلطان المصاد طبع ١٩٦٢ ص ٣٤١ بند ٢٨٦ وما بعده — عبد المنعم الصده المصاد طبع ١٩٥٨ ص ٣٨١ رقم ٣٤٥ وما بعده — عبد الحلي حجازي المصاد طبع ١٩٦٣ ص ٧٤٨ وما بعدها بند ٤٦٧ وما بعده — ومقال بنوان « نظرات في الاشتراط لمصلحة الغير » في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الخامسة ص ١٣٥ وما بعدها — الدكتور محمد سامي مدكور : مقال بنوان « التعلق الفني للاشتراط لمصلحة الغير » في مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٣ ص ١٥١ وما بعدها — الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب وجون برينسلي : الاشتراط لمصلحة الغير في القانون المصري — مقال في المجلة الأمريكية للقانون المقارن سنة ١٩٦١ [وله طبعه مستقلة في مصر] .

٤٠ — مصادر الالتزام

« ٣ — ويجوز كذلك للشرط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من القصد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك »^(١).

ونصت المادة ١٥٥ على ما يأتى :

« ١ — يجوز للشرط دون دأئنيه أو رثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى التصهد رغبته فى الاستفادة منها ، ما لم يكن فى ذلك مخالفاً لما يقتضيه القصد » .

« ٢ — ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة التصهد قبل الشرط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللشرط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر نفسه بالاستفاعة من المشاركة »^(٢).

ونصت المادة ١٥٦ على ما يأتى :

« يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعمينا وقت القصد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج القصد أثره طبقاً للمشاركة »^(٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٠ من المشروع التمهيدي على وجه لا يختلف عما هو إلا فى بعض تميزات لفظية . وقد أقرته لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم المادة ١٥٨ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة « بتنفيذ الالتزام » بدلفظ « التصهد » فى الفقرة الثانية لإزالة الشبهة التى قامت حول كلمة « التصهد » وجواز اصرافها إلى كل من العاقدين ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنس القانون الجديد . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣٠٩ — ص ٣١٤) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قبل فى تفسير عبارة « ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه القصد » إن نقض الاشتراط يكون مخالفاً لما يقتضيه القصد إذا كانت العلاقة ما بين الشرط والمنتفع تقوم مثلاً على حبة من الأول ثنائى ، وتكون حبة لا يجوز الرجوع فيها . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٥ . ووافق على النص مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣١٤ — ص ٣١٥) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : =

أما التقنين المدني القديم فقد اشتمل على نص واحد في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير هو نص المادتين ١٣٧/١٩٨ ويمجرى بما يأتي :

« من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها »^(١).

وبالرغم مما يسود نص التقنين المدني القديم من اضطراب وغموض . وما تتميز به نصوص التقنين المدني الجديد من جلاء ووضوح ، فإن التقنين الجديد لم يستحدث شيئاً في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير ، ولم يفعل إلا أن قنن في نصوص واضحة ما جرى عليه القضاء والفقه من التقنين القديم^(٢) .

== يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً ، كما يجوز أن يكون شخصاً لم يحن وقت القصد ما دام تعيينه مستطاعاً وقت أن ينتج القصد أثره . وأقرت لجنة المراجعة النص ، مع استبدال عبارة « متى كان » بعبارة « مادام » ، تحت رقم المادة ١٦٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو جهة مستقبلية » بدلا من عبارة « شخصاً مستقبلاً » لأن الاشتراط يجوز أن يكون لمصلحة جهة تنشأ فيما بعد ، وعدل النص تعديلاً لفظياً يناسب هذه الإضافة . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٥ - ص ٣١٩) .

وتقابل المواد ١٥٤ - ١٥٦ من التقنين المدني الجديد في التقنيات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٥٥ - ١٥٧ (مطابق) - الليبي م ١٥٦ - ١٥٨ (مطابق) - العراق م ١٥٢ - ١٥٤ (مطابق) - اللبناني م ٢٢٧ - ٢٣١ (مقارب) .

(١) انظر في انقضاء النصوص والاضطراب في هذا النص ، وفي الحيرة بين أن يكون نصاً في الفضالة أو في التصديق عن الغير أو في الاشتراط لمصلحة الغير نظرية القصد للمؤلف فقرة ٧٧٨ .

(٢) وللي هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما تقول في هذا الصدد : « ... أصبح اليوم الاشتراط لمصلحة الغير قاعدة عامة بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا في حالات مخصوصها . ولهذا الغاية استبدل المشروع بالمادة النافذة الوحيدة التي تضمنها التقنين الحالي نصاً جلياً مفصلاً حددت في وضوح شروط الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره ، فأوجب أن يكون للشرط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، في تنفيذ الالتزام المشرط لمصلحة الغير . وأباح له أن ينقض الاشتراط أو يستبدل بالمتنفع شخصاً آخر ، بل وأباح له أن يتأثر بنفسه ولورثته عنقفة المشاركة مادام الغير لم يعلن رغبته في الاستفادة منها . ويتلقى المتنفع بمقتضى الاشتراط حقاً مباشراً مصدره القصد ذاته ، وفي هذه الناحية تتجلى الفكرة الأساسية في فقه هذا الوضع بأسره ، فإن الغير يكسب حقاً بناء على عقد لم يكن طرفاً فيه . =

٣٦٦ — وضع المسألة : ونبدأ بوضع المسألة على نحو يبين مكان الاشتراط لمصلحة الغير من النظم المدنية . فلو أننا سرنا في الاشتراط لمصلحة الغير على القواعد العامة كما فعلنا في التمسك عن الغير ، لترتب على ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير يتكون من عقدين : العقد الأول ما بين المشتري والمتمتع ، يلتزم فيه المتعهد أن يتناقد مع المنتفع . والعقد الثانى ما بين المتعهد والمنتفع ، يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع . ويكون الأساس القانونى واحداً فى الاشتراط لمصلحة الغير والتمتع عن الغير : فى كليهما يكسب الغير حقاً أو يترتب فى ذمته التزام ، لا بمقتضى العقد الذى لم يكن طرفاً فيه ، بل بمقتضى عقد جديد كان أحد طرفيه .

ولو كان الأمر هو ذلك فى الاشتراط لمصلحة الغير لما احتاج إلى كبير عناء ، ولكننا عاجزين الاشتراط مع التمسك فى مكان واحد لوحدة الأساس القانونى . ولكن الأساس القانونى فى الاشتراط لمصلحة الغير غيره فى التمسك عن الغير . ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالتمتع عن الغير ، بل هو لا يشتمل إلا على عقد واحد ، تم بين المشتري والمتمتع ، والمنتفع إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات ، أى من عقد لم يكن هو طرفاً فيه . فكيف تار المشرع المصرى ، فى التقنين القديم والجديد ، هذه الثورة على القواعد التقليدية ؟ وأجاز أن ينشأ العقد حقاً للغير ؟

الواقع من الأمر أن المشرع المصرى لم يكن مبتدعاً عند ما قرر ذلك . فقد سبقه القانون الرومانى فى هذا الطريق ، ومن بعده القانون الفرنسى القديم ، ومن بعدهما القانون الفرنسى الحديث . ثم إن القاعدة لم تقف عند ما قرره المشرع الفرنسى الحديث ، بل تطورت على يد القضاء والفقه تطوراً سريعاً حتى وصلت إلى أن تكون مبدأ عاماً قرره

— ويجوز للتمتع أو المشتري أن يطالب بقضاء هذا الحق ، لأن لكل منهما مصلحة فى ذلك . وأخيراً نس على جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو شخص غير معين وقت العقد ، ويجوز ذلك قصارى ما وصل إليه تطور هذا النظام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩) .

التقنين المصرى الجديد في صراحة ووضوح على النحو الذى رأيناه في النصوص التى قبلناها عن هذا التقنين .

فنحن نبعث : (أولاً) كيف تطورت القاعدة وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية .
(ثانياً) شروط تحققها . (ثالثاً) أحكامها .

§ ١ - كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية

٣٦٧ - القانون الرومانى^(١) : بدأ القانون الرومانى في عهده الأولى أميناً على القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير . ووصل في ذلك إلى حد أن منع النيابة في التعاقد . فكما لا يجوز للمعاقد أن يشترط حقاً للغير إذا تعاقد باسمه الشخصى ، كذلك هو لا يستطيع إيجاد حق للغير حتى لو تعاقد باعتباره نائباً عن هذا الغير . ولكن كلامنا من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية النيابة تطورت في القانون الرومانى . ويمينا هنا تطور نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

فإن القيود التى ترجع إلى الصياغة الرومانية ما لبثت أن تصدعت أمام الضرورات العملية . فالمدن الذى يبيع عيناً ويريد أن يشترط على المشتري دفع الثمن لدائنه سداداً للدين ، لا شك في أن له في هذا الاشتراط مصلحة مادية . والإبن الذى يريد أن يجعل ثمن ما باعه إيراداً مرتباً يدفع لأبيه ما دام هذا حياً ، لا شك في أن له في هذا الاشتراط مصلحة أدبية . وكلتا المصلحتين ، المادية والأدبية ، جديرة برعاية القانون . فالج الرومان هذا الأسر على أساس أن جعلوا للشترط لمصلحة الغير بصطنع لنفسه حقاً شخصياً في العقد ، وذلك بأن يضع شرطاً جزائياً (stipulatio poene) يطالب به المتعهد إذا لم يتم هذا بما تعهد به لمصلحة المنتفع . ثم انقلب الشرط الجزائى الصريح إلى شرط جزائى مفروض ،

(١) [انظر في تاريخ الاشتراط لمصلحة الغير : بيان ج ٩ بند (٩٥٠) ومقال الدكتور عبد الحى حجازى في مجلة العلوم القانونية السنة الخامسة ص ١٣٨ وما بعدها] .

فأعطى المشترط دعوى تعويض قبل التمهيد إذا لم يقم هذا بالتزامه لمصلحة المنتفع دون حاجة لوضع شرط جزائي . ويكفي لتبرير دعوى التعويض هذه قيام مصلحة مادية أو أدبية . ولكن لم يكن للمنتفع حق مباشر يكسبه من التمهيد ، يستطيع أن يطالب به التمهيد .

واستمر القانون الروماني في تطوره . فأعطى للمنتفع حقاً مباشراً يكسبه من العقد ، ولكن في صورة دفع (exceptio) . ثم أعطاه الحق المباشر في صورة دعوى (actio) ، ولكن في حالات استثنائية معدودة دعت إليها الضرورات العملية . وهذه الحالات هي : (١) الهبة إذا اشترط فيها الواهب على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير (donation sub modo) . (٢) اشتراط المورث لمصلحة ورثته . (٣) اشتراط المتعاقد حقاً للغير في عقود معينة : عقد المهر يوجب فيه المشترط على التمهيد أن يعطى مهرأً للمنتفع ، وعقد الوديعة والعارية يلزم فيهما المودع والمعيّر حافظ الوديعة والمستعير بأن يردّ العين للمنتفع ، وعقد رهن الحياة إذا باع الدائن المرتهن العين لاستيفاء حقه من ثمنها فيشترط على المشتري رد العين إلى الراهن إذا رد هذا إليه الثمن .

٣٦٨ — القانون الفرنسي القديم : وورث القانون الفرنسي القديم هذه الاستثناءات عن القانون الروماني . وأضاف إليها استثناءاً جديداً ، كان الرومان لا يعطون فيه للمنتفع إلا دفعاً فأعطى دعوى بدل الدفع . وهذه هي حالة اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالث .

٣٦٩ — نصيب نابليون : واحتفظ تقنين نابليون بالقاعدة الرومانية . إذ قرر في المادة ١١١٩ أنه لا يجوز لتعاقد أن يشترط باسمه إلا لنفسه . ثم استثنى من هذه القاعدة حالتين أجاز فيهما الاشتراط لمصلحة الغير . وهاتان الحالتان ، على ما تحرر المادة ١١٢١ من هذا القانون ، هما : (١) إذا وهب المشترط شيئاً للتمهيد ، واشترط عليه في مقابل ذلك حقاً لأجنبي عن المقد هو المنتفع . وهذه هي الهبة بشرط (donation sub modo) التي عرفها كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . (٢) إذا صدر من المشترط

عقد معاوضة اشترط فيه أولاً حقاً لنفسه ، ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير . وهنا نجد شيئاً من التجديد لم نهضه لا في القانون الرومانى ولا في القانون الفرنسى القديم . فإن هذين القانونين كان يستثنيان من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير عقوداً معينة بالذات ذكرناها فيما تقدم . أما المشرع الفرنسى فقد وسع من جهة ، وضيق من جهة أخرى . وسع فى أنه لم يخص عقوداً دون أخرى بالاستثناء . وضيق فى أنه لم يميز للمتعاقدين أن يشترط للغير حقاً إلا إذا كان مقروناً باشتراطه حقاً لنفسه .

٣٧٠ — القضاء والفقه : على أن تطور القاعدة بقى مستمراً يواجه الحاجات العملية المتجددة ، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التى كان لها أكبر الأثر فى تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ففسر الفقه والقضاء فى فرنسا كلمة (stipulation) الواردة فى المادة ١١٢١ ، لا بالاشتراط كما هو معناها الدقيق ، بل بالتعاقد بوجه عام ، سواء كان التعاقد مشروطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً فى ذمته . فيكفى أن « يتعاقد » للشترط لنفسه ، ويستطيع بعد ذلك أن يشترط للغير حقاً دون أن يشترط حقاً لنفسه . وللمهم توافر شرطين : (١) أن يتعاقد لنفسه مشروطاً حقاً أو مرتباً التزاماً كما قدعنا . فإذا كان لم يشترط شيئاً لنفسه ، فيكفى أن يلتزم بشئ عن نفسه . وبذلك يتسع صدر الاستثناء لأن يضم ما استجد من الحاجات . ففى عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير ، وفى عقد التأمين الذى يبرمه رب العمل لمصلحة عماله ، نرى التعاقد لمصلحة الغير لم يشترط لنفسه حقاً ، ولكنه رتب فى ذمته التزاماً هو دفع أقساط التأمين . (٢) أن يكون للتعاقد مصلحة مادية أو أدبية تدفعه إلى الاشتراط لمصلحة الغير . لأن محل التعاقد يشترط أن تكون فيه فائدة شخصية للتعاقد ، والمشترط قد تعاقد على منفعة تؤدى للغير ، فيجب أن تكون له فى هذه المنفعة مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، وإلا بطل التعاقد .

على أن الشرط الأول من هذين الشرطين — وهو أن يكون للمشترط دور شخصى فى التعاقد مشروطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً فى ذمته — لم يلبث أن اخفى هو

أيضاً^(١)، وأصبح يكفي أن يكون للشرط مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط لمصلحة المتنفع ، وليس من الضروري أن يشترط لنفسه أو يلتزم عن نفسه .

بل إن القضاء والفقه وصلا في التطور إلى حد أن أجازا الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ، بل لمصلحة شخص غير موجود ، فرب العمل الذي يؤمن من مخاطر العمل لمصلحة عماله إنما يؤمن لمصلحة أى عامل يدخل في خدمته . فالمتنفع هنا بالتأمين أشخاص غير معينين ، ولكن تعيينهم مستطاع وقت أن ينتج العقد أثره^(٢) . وكثيراً ما يؤمن الشخص لمصلحة أولاده الموجودين ومن سيوجد منهم (enfants nés et à naître) ، بل قد لا يكون له أولاد ومع ذلك يؤمن لمصلحة ما عسى أن يوجد له من أولاد في المستقبل . فالمتنفع هنا أشخاص غير موجودين وقت إبرام عقد التأمين ، ولكنهم لا ينالون حقاً إلا إذا وُجدوا معينين بالذات وقت أن ينتج عقد التأمين أثره . وهذا الوضع يتماشى مع النظرية للمادية للالتزام التي لا تشترط وجود الدائن وقت صدور العقد ، وتكتفي بوجوده وقت تنفيذ العقد^(٣) .

٣٧١ — التقنين المصري القديم والجدير : هذا هو التطور الذي وصلت إليه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، فأقبلت من استثناء محلول إلى قاعدة عامة . وهذا ما عبر عنه التقنين القديم في عبارات غامضة مضطربة سبق إيرادها ، وما عبر عنه التقنين الجديد في

(١) و(٢) انظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فترة ٨٠٢ .

(٣) انظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فترة ٨٠١ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمسروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ومع ذلك فلم يكن من المكين إدراك فكرة انصراف منفعة العقد إلى غير عاقله باعتبارها صورة من صور الأوضاع القانونية مع ما هو ملحوظ من بساطتها . فالتقنين الفرنسي ذاته ، وأغلب التقنينات اللاتينية من بعده ، قد جعلت منها جميعاً مجرد استثناء لا يطبق إلا في حالاتين . ولم يسم هذا الاستثناء إلى مرتبة الأصل ، ويبسط ظاهراً على سائر الحالات ، إلا في خلال القرن التاسع عشر ، وعلى وجه الخصوص على أثر ما أصاب عقد التأمين من نمو وذبوع . وقد بلغ التوسع في تطبيق هذا الأصل شأواً بعيداً ، وانتهى الأمر إلى إباحة الاشتراط إذا كان المتنفع شخصاً مستقبلاً أو شخصاً لم يحن وقت التأقيد ما دام تعيينه مستطاعاً عندما ينتج هذا التأقيد أثره كما هو الشأن في التأمين لمصلحة من ولد ومن يولد من ذرية المؤمن . وقد قلل المسروع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير في صورتها التي انتهت إليها في آخر مرحلة من مراحل تطورها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٦ — ص ٣١٧) .

عبارات صريحة واضحة ، فقال في المادة ١٥٢ إن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير . ولكن يجوز أن يكسبه حقاً . ثم طبق القاعدة في المادة ١٥٤ ، فأجاز للشخص أن يتماقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية . فلم يستبق من القيود التي كانت تحيط بالقاعدة في خلال تطورها إلا الشرط الأخير ، وهو وجود مصلحة شخصية للشروط ، وأجاز في المادة ١٥٦ للمشتراط أن يشترط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص غير موجود على النحو الذي رأيناه في النصوص التي أوردناها . فيكون التقنين المدني الجديد قد سجل في نصوصه آخر مراحل التطور لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .

٣٧٢ - التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير: والقاعدة ، في آخر تطورها على النحو الذي بيناه ، لها تطبيقات عملية كثيرة نذكر منها ما يأتي :

١ - التطبيقات التقليدية : ومن هذه التطبيقات المهمة أو البيع مع اشتراط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشتري ترتيب إيراد أو حق ما للغير . ومنها بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشتري أن يدفع أقساط الدين إلى الدائن المرتهن^(١) ، ويلاحظ في هذه الحالة أن المشتري ، وقد أصبح ملتزماً بالدين التزاماً شخصياً لا يستطيع تطهير المقار^(٢) . وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في

(١) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ١٨ من ١٨٤ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ من ١٢٧ - وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد أحد المتبادلين في أطيان بأن يدفع بضئ السحق عليه من فرق البدل في نصيب المتبادل الآخر من دين على أطيان أخرى هو شريك له فيها على الشيوخ ، فهذا التعهد هو من قبيل الاشتراطات لمصلحة الغير ، لا يصح فيه للتبادل الآخر أن يطلب دفع المبلغ ، بل له فقط أن يطالب للتعهد بتنفيذ تعهده (قضى مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ م مجموع المحرر ٣٠٣ رقم الدورية ١٠٩ من ٣٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الدين إلى المرتهن لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الدائن إلا إذا تدخل الدائن في عقد البيع واشتراط لمصلحة^(١) بونه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ٢٦٣ - ونرى أنه ليس من الضروري تدخل الدائن في عقد البيع ذاته ، ويمكن

حالة اشترط فيها البائع على الجار ألا يأخذ بالشفعة رعاية لمصلحة المشتري ، فكسب المشتري حقاً من هذا العقد الذي لم يكن طرفاً فيه^(١). كذلك قد يشترط صاحب المتجر إذا باع متجره لمصلحة المال والمستخدمين ، فيأخذ على المشتري عهداً أن يقيمهم في العمل أو ألا ينقص من أجورهم . وفي عقود النقل يتم العقد بين شركة النقل ومرسل البضاعة ، فيتولد عن هذا العقد حق مباشر للمرسل إليه يستطيع بمقتضاه أن يطالب شركة النقل بتنفيذ شروط العقد ، كتسليم البضاعة في حالة جيدة وفي مكان معين^(٢).

٢ — عقود التأمين : عقد التأمين على الحياة هو خير مثل للاشتراط لمصلحة الغير . والمتعاقد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بمله إذا مات قبل مدة معينة ، وطوراً يؤمن لمصلحة أقارب له معينين دون أن يشترط لنفسه شيئاً . وفي الحالتين يوجد اشتراط لمصلحة الغير يكسب المنتفع بمقتضاه حقاً مباشراً من عقد التأمين . وقد يؤمن المستحق في وقف على حياته لمصلحة دائته ، حتى إذا مات واقطع استحقاقه استطاع الدائن أن

— أن يصدر منه قبول ولو مستقلاً عن البيع ، وبهذا تفي القواعد المقررة في قبول المنتفع . ولكن إذا رفض الدائن قبول الاشتراط ، زال حقه الشخصي قبل المشتري . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا المعنى بأنه إذا قبل المشتري أن يدفع الدين المضمون بالرهن على العقار المبيع ، فإن هذا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ، ويكون للدائن الرهن حق مباشر قبل المشتري ، ولكن إذا استمر الدائن الرهن في إجراءات التنفيذ على العقار المرهون التي كان بدأها قبل البيع ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى شخصية على المشتري لأن هذا لم يقبل الاشتراط لمصلحة الغير إلا على أساس أن الدائن الرهن لا ينزع ملكية العقار (٤ يناير سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ١١٤) .

(١) أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ — وبلاحظ أنه كان من المقرر في عهد التقنين القديم أن الشفع لا يصح نزوله عن حقه في الأخذ بالشفعة إلا بعد قيام هذا الحق ببيع العقار المشفوع فيه . فكان من المستطاع مداورة هذا المظهر عن طريق تصوير الشفع متصفاً بالامتناع عن عمل هو المطالبة بالشفعة في اشتراط لمصلحة المشتري . أما في التقنين الجديد فيجوز أن ينزل الشفع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (٩٤٨ جديد) .

(٢) أنظر في تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على الأوراق التجارية نظرية العقد للوفد فقرة ٧٩٥ . [وانظر في تطبيقات مختلفة للاشتراط لمصلحة الغير دي باج ج ٢ بند ٦٢٢ ومقال الدكتور عبد الحى حجازي سائب الذكر من بند ١٨ — ٢٤ وفي تطبيق الاشتراط لمصلحة الغير على عقود نقل البضائع ونقل الأشخاص المقال المذكور بند ٢٣ و ٢٤ ص ١٧٤ وما بعدها من مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ٥] .

يستولى على حقه من مبلغ التأمين . وعلى العكس من ذلك قد يؤمن الهائن على حياة مدينه ضماناً لحقه^(١) . وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى يشترط فيها المؤمن لمصلحة الغير . فكثيراً ما يؤمن رب العمل لمصلحة عماله عما يصيبهم من الضرر أثناء العمل فيكون الغير هنا هم العمال يكسبون حقاً مباشراً قبل شركة التأمين عما يصيبهم من الضرر^(٢) . ويقرب من هذا أن يتفق رب العمل مع طبيب لمعالجة العمال مجاناً . ففي هذه الحالة يكون للعمال حق مباشر قبل الطبيب إذا أهمل علاجهم أو رفض ذلك^(٣) . وقد يؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة ، ويكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير^(٤) . وقد يؤمن الدين الراهن

(١) قارن استئناف مختلط في ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ .

(٢) أما إذا أمن رب العمل على مسؤوليته نحو العمال عما يحدث لهم من الضرر أثناء العمل ، ووجه عام إذا أمن شخص على مسؤوليته عن الحوادث ، كحوادث السيارات وحوادث النقل ونحو ذلك ، فإت المؤمن لا يكون مشتركاً لمصلحة الغير بل لمصلحته هو . ولا يكسب من يكون دائماً في هذه المسؤولية حقاً مباشراً قبل شركة التأمين ، وإن كان يستطع أن يتعمد دعوى مدينه المؤمن له قبل شركة التأمين ولكن يصرص في هذه الحالة لزاحة دائي المؤمن له (استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ — وانظر عكس ذلك استئناف مختلط في ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ جريدة مصر القضائية (L'Egypte Judiciaire) السنة الأولى العدد العاشر ص ١٠ — وانظر في رجوع شركة التأمين بما دفعته من تعويض للمؤمن له رجوعاً مباشراً على المسئول عن الحريق في حالة التأمين من الحريق المادة ٧٧١ من القانون المدني الجديد) . [والمحكمة استئناف القاهرة حكم قرر للمصاب حقاً مباشراً قبل شركة التأمين في حالة التأمين ضد المسؤولية . وقد استندت المحكمة في ذلك إلى أن المؤمن له يقصد من تعاقد مع شركة التأمين أن ينقل عبء المسؤولية عن كاهله إلى تلك الشركة فتتحمل عنه بالتعويض . وهي تتعاقد معه أيضاً على هذا الأساس ، إذ الغاية من التأمين في هذه الحالة هي إنشاء حق مباشر لمصلحة المصاب . وإلى هنا يجه منطق التقنيات الحديثة . (وذكرت المحكمة أن سند ذلك هو المادة ١٣٧ من التقنين المدني (القديم) الخاصة بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، وهذا الغير قد يكون وقت التعاقد معيناً أو غير معين مادام تعيينه مستطاعاً حين ينتج المقد أثره) .

وهذا يستتبع أن المصاب يجوز له أن يقاضى مباشرة شركة التأمين التي تعاقد معها صاحب السيارة على تأمينه من مسؤولية ما يقع بسببها من الحوادث . وأنه لا يجوز للتعهد (الشركة) أن يجسك قبل المتضرع (المصاب) بدفع خاصة بشخص المشتري . كما أن دائي المشتري لا شأن لهم بحق المتضرع لأنه لم يكن داخلًا في مال المشتري حتى يكون في ضمتهم العام ، وليس لهم أن يستعملوا الحق باسم مدينهم لأنه ليس حقاً لهذا المدين : استئناف القاهرة في ٢٥/١١/١٩٥١ — المجموعة الرسمية السنة ٥٢ رقم ٦٣ ص ٩٧] .

(٣) والتون ٢ ص ٥٩ .

(٤) استئناف مختلط في ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٧١ .

على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن . وعقد التأمين لحساب من يملك الشيء المؤمن عليه — (assurance pour le compte de qui il appartiendra) — فيه اشتراط للغير ، فقد يكون الشيء منزلاً يؤمن صاحبه من الحريق أو بضاعة يؤمنها من التلف أو الفرق أو نحو ذلك من المخاطر ، ويشترط على شركة التأمين أن تدفع التمييز في حالة تحقق الخطر لأي شخص يكون مالكاً في ذلك الوقت للشيء المؤمن عليه .

٣ — عقود الإعتناء والتزام المرافق العامة : إذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرفقاً من المرافق العامة ، كالاحتكار الذي يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك ، فإن مانع الاحتكار — الحكومة أو أحد المجالس البلدية — يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المتفعين من الجمهور . فيشترط مثلاً حداً معيناً من الأجور لا يجوز للمحتكر أن يجاوزه . في مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار ، ويستطيع بمقتضاه أن يقاضى المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التي فرضت لمصلحته^(١) . وقد أكد هذا المبدأ التقنين المدني الجديد في النصوص التي أفردتها لمقتضى التزام المرافق العامة ، فنص في المادة ٦٦٩ على أن ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه . وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين (انظر أيضاً المادتين ٦٧٠ و ٦٧١)^(٢) .

٤ — عقود المقاولات : وكثيراً ما يفرض رب العمل في عقود المقاولات على المقاول

(١) استئناف مخطط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦ — وفي ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ١٦٥ — قارن استئناف مخطط في ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٢ .

(٢) [وتكييف عقد الالتزام بأنه اشتراط لمصلحة الغير نظرية سادت طوال القرن التاسع عشر . ولكنها هجرت بعد ذلك عندما تطورت نظرية المرافق العامة . والرأى السائد في الوقت الحاضر هو أن عقد الالتزام عقد إداري لا لعقد مدني ، ومن ثم ينشئ ظلاً مقرر (statut) يخضع له المتفعون بالمرفق العام ويكسبون منه حقوقهم (انظر الوسيط ج ٢قرة ١٦٤ : في التكيف القانوني لعقد الالتزام)] .

شروطاً لمصلحة المال ، لا سيما إذا كان رب العمل هذا هو الحكومة أو شخص معنوى عام أو إحدى الشركات . ويثبت ذلك في دفتر الشروط (cahier des charges) ، فيضع حداً معيناً للأجور لا يجوز أن تنزل عنه ، وشروطاً معينة من حيث ساعات العمل والتعويض عن الإصابات ونحو ذلك . فيصبح للعالم قبل المفاوض حق مباشر استملوه من عقد المفاوضة التي لم يكونوا طرفاً فيها ، طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير^(١) .

§ ٢ — شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٣ — متى يتحقق اشتراط لمصلحة الغير : الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود أشخاص ثلاثة : المشتراط (stipulant) ، والتمهد (promettant) ، والمبتنع (bénéficiaire) . ولكي يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة الآتية :

(١) ومن تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير الاكتابات العامة ، فإذا فتحت جريدة أو مجلة اكتاباً لعمل خيرى أو عمل عام ، أمكن القول إن المكتتب تصادق مع من ظم الاكتاب مشروطاً لمصلحة الغير (والتون ٢ ص ٥٨ — ص ٥٩) .

[ومن هذا القبيل أيضاً ماقتضت به محكمة النقض من أن الاغناق المرم بين وزارة التون وبين شركات النقل الكبرى على أن تضم كل منها نسبة معينة من مجموع إنتاجها تحت تصرف الوزارة لتقوم بتوزيعه على أرباب الصناعات الصغرى بسر معتدل ، هو في الواقع اشتراط لمصلحة الغير أى لمصلحة أرباب تلك الصناعات الصغرى (نقض ١٠ دنى ٢٢ فبراير ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض السنة ٢ رقم ٧٢ ص ٣٨٥)] .

وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩٣٨ (المجلد ١٨ رقم ٤٦٥ ص ١٠٦٦) بأن قول الوارث الآخر أن اللورث لم يقصد بإيداع أموال لبص الورثة أن يهبهم لهاها ، بل أراد لما التحايل على نظام صناديق التوفير الذي لا يجوز لأحد أن يكون له أكثر من دفتر واحد ولا أن تزيد وديته على مبلغ معين ، ولما الوصية بتلك الأموال لمن أودعت باسمه ، قول لا يخل ما لم يتم عليه دليل مقنع . وبمجرد بقاء الدفاتر تحت يد اللورث لا يكتفى لإثباته ، بل الرجوع الذى يؤيده العرف الجارى بين الآباء هو أن اللورث أراد بالإيداع أن يكون للمال من حق من أودع الودائع باسمه في الحال ، وقد يكون له بواسطة بقاء الدفاتر عنده الإشراف القطعى فقط على تصرف هذا الوارث . على أنه حتى إذا كان اللورث قد أراد ألا يؤزل المال المودع إلى الوارث المذكور إلا بعد وفاته ، فإن هذا لا يجعل التصرف وصية مادام الإيداع قد حصل باسم الوارث ، لأنه طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير يرجع حق الانتفع دائماً إلى يوم القصد نفسه ولو كانت النصفة لا تؤزل إليه فضلاً إلا بعد وفاة المشتراط كما في حالة التأمين على الحياة .

وبلاحظ أن المحكم في فرض الأخير يكتفى القصد بأنه ودية اشتراط اللودع فيها أن يسلم اللودع عنده المال بعد وفاة اللودع لشخص بالذات وهبه للودع هذا المال حال حياته .

(١) أن يتعاقد للمشتروط باسمه لا باسم المتنعف ، دون أن يدخل المتنعف طرفاً في العقد .

(٢) أن يشترط المشتروط على المتعهد حقاً مباشراً للمتنعف .

(٣) أن يكون للمشتروط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية .

وهذا ما أجملته الفقرة الأولى من المادة ١٥٤ من القانون الجديد إذ تقول : « يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية » .

٣٧٤ — المشتروط يتعاقد باسمه لا باسم المتنعف : وهذا الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة ، اتفاقية كانت أو قانونية . فالنائب ، وكيلاً كان أو ولياً أو وصياً أو قياً أو فضولياً أو غير ذلك ، يتعاقد باسم الأصل لا باسمه . أما المشتروط فيتعاقد باسمه لا باسم المتنعف . والأصل لا النائب هو الطرف في العقد ، ورضاء النائب يفتى عن رضائه . أما في الاشتراط لمصلحة الغير فالمشتروط لا المتنعف هو الطرف في العقد ، وقبول المتنعف للاشتراط ضروري حتى يتأكد في شخصه حق كسبه من عقد لم يكن طرفاً فيه .

ويترتب على ما تقدم أن المشتروط يختلف عن الفضولي اختلافاً جوهرياً^(١) . فالفضولي نائب عن رب العمل ، بخلاف المشتروط فلا يتوب عن المتنعف . وقد كان هناك رأى ، تبين الآن فساد ، يحمل المشتروط فضولياً يتعاقد لمصلحة المتنعف ، وقبول المتنعف يعتبر إقراراً لعمل الفضولي فيقلب هذا وكيلاً ، وعن طريق الفضالة والوكالة ينصرف أثر العقد إلى المتنعف . أما فساد هذا الرأي فراجع إلى أن المشتروط إنما يتعاقد باسمه كما قلنا ، في حين أن الفضولي يتعاقد نيابة عن رب العمل . وهذا الفرق بين الوضعين تبين عليه نتائج عملية هامة ، نذكر منها ما يأتي :

(١) [انظر في الضيقة ما بين الفضالة والاعتراض لمصلحة الغير : حى باج ج ٢ بند ٦٥٧ ويبدان

ج ٩ بند ٩٤٧] .

١ — لما كان المشترط ليس بنائب عن المنتفع ، فإن كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير ما دامت له مصلحة شخصية في ذلك ، وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق الفضالة إذ لا بد من وجود ضرورة تقضى بذلك كما سنرى عند الكلام في الفضالة .

٢ — يجب في الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشرط مصلحة شخصية ، لأنه يتعاقد باسمه . أما الفضولي فهو — على النقيض من ذلك — يجب ألا تكون له مصلحة شخصية في إدارته لشئون رب العمل .

٣ — الفضولي — وهو يعمل لحساب رب العمل — يلتزم بالمضي فيما بدأ به ، ولا يجوز له الرجوع فيه . أما المشترط — وهو يعمل لحسابه — فلا يلتزم بالمضي في عمله ، بل هو على النقيض من ذلك ، يجوز له الرجوع في الاشتراط لستغنى وإضافة الحق لنفسه أو لشخص آخر غير المنتفع .

٣٧٥ — **المشرط يشترط عقلاً مباشراً للمنتفع** : فإذا كان الحق الذي اشترطه المشرط إنما اشترطه لنفسه ، ولكن تعود منه فائدة على الغير ، فلا يكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير^(١) . مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسؤوليته عما ينجم من الضرر للغير ، فلا يعد هذا اشتراطاً لمصلحة الغير ، لأن المؤمن له إنما أراد أن يشترط لنفسه هو لا للمصاب ، وإن كان التعويض الذي يأخذه من شركة التأمين يعود بالفائدة على المصاب إذ يستطيع أن يستوفي منه حقه وإن زاحه في ذلك سائر دائي المؤمن له . وعلى ذلك لا يكون للمصاب حق مباشر من عقد التأمين ، فلا يرجع على شركة التأمين إلا بدعوى مدينه .

ولا يكفي إعطاء حق للمنتفع^(٢) ، بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من

(١) [انظر في هذا المعنى : حى باج ج ٢ ص ٦١١ وحكم قض ٥ مايو ١٩٥٥ — الذى ستأتى الإشارة إليه] .

(٢) [ويلاحظ أن الحق القاتل الذى ينشأ للمنتفع هو حق شخصي ، لأن الاشتراط لمصلحة الغير =

العقد الذى تم ما بين المشتري والمتعهد^(١) . فإذا كان المشتري قد اشترط هذا الحق الذى نشأ من العقد لنفسه أولاً ، ثم حوله بعد ذلك أو انتقل عنه إلى شخص آخر ، لم يكن فى هذا اشتراط لمصلحة الغير . ويترب على ذلك أنه لو باع شخص منزلاً ، ثم حول الثمن إلى دائن له ، كان هناك عقدان : عقد البيع بين البائع والمشتري ، وعقد الحوالة بين هذا البائع وهو المحيل ودائنه وهو المحال له . ولو أمّن شخص لمصلحة نفسه ، ثم مات وانتقل حق التمويض إلى ورثته ، فإن هؤلاء يتلقون الحق عن مورثهم بالميراث ، ولا يكسبون حقاً مباشراً من عقد التأمين ذاته . وليس فى كل ذلك اشتراط لمصلحة الغير . كذلك لا يقصد المشتري أن يلتزم المتعهد قبل المتنع بعقد جديد يتم بينهما ، ولا أن يعرض إيجاباً على المتنع لقبوله هذا فيتم عقد جديد بينه وبين المتنع . ويتبين مما تقدم أن الحق المباشر الذى يكسبه المتنع لا يتلقاه عن المشتري عن طريق الحوالة أو عن طريق الميراث أو عن طريق عقد جديد ، ولا يتلقاه عن المتعهد عن طريق عقد جديد ، وإنما يتلقاه مباشرة من العقد ذاته الذى تم بين المشتري والمتعهد^(٢) .

= لا ينشئ ولا ينقل الحقوق الضمنية . (انظر رادوان فى موسوعة فالوز الحديثة (المذق) تحت كلمة « اشتراط لمصلحة الغير » بند ٥ و ٦ — وانظر الدكتور عبد الحى حجازى (المصدر) طبعة ١٩٦٢ بند ٤٨٠] .

(١) [ويراعى فى هذا الشأن ، الفرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والدعوى المباشرة التى ينوئها القانون للدائن ضد مدين فى حالات معينة — (راجع بيان ج ٩ بند ٩٣١ وبند ٩٤٣ وهامش ٣ فى صحيفة ٤٣ — ودى باج ج ٢ بند ٦٦٠ — وانظر الوسيط الجزء الثانى بند ٥٦٠ و ٥٦٢)] .

(٢) [غير أن الاشتراط لمصلحة الغير قد ينشأ بإرادة ضمنية ، كما فى حالة المسافر حيث يفترض أنه عند إبرام عقد النقل قد اشترط لورثته ، فى حالة ما إذا أصيب وتوفى أثناء السفر ، الحق فى الرجوع على شركة النقل (انظر أنور سلطان بند ٢٩٠ من ٣٤٩ — ٣٤٩) .

وانظر فى استخدام القضاء الفرنسى لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير فى تبرير دعوى التمويض المرفوعة من ورثة ضحايا الحوادث ضد شركات النقل على أساس وجود التزام بضمان السلامة واشتراط لمصلحة الغير : بيان بند ٩٤٤ ومقال الدكتور عبد الحى حجازى فى مجلة العلوم القانونية السابق ذكره — بند ٢٤ — حيث أغلش فى بيان هذه الفكرة ودفع العلامة إسحاق عنها وقد غيره من التفاهة لها .

ومهما يكن من أمر ، فإن الخلاف فى هذه الصورة لا ينفى أن الاشتراط لمصلحة الغير قد تكون مصدره لإرادة ضمنية حتى توافرت الشروط اللازمة لتحقيقه [.

ولا يشترط في للمتفع أن يكون موجوداً وقت صدور هذا العقد ، أو أن يكون معيناً في ذلك الوقت ، بل يجوز ، كما رأينا في الأمثلة التي قدمناها ، وكما قرر المادة ١٥٦ التي أسلفنا ذكرها ، أن يكون شخصاً مستقبلاً أو شخصاً غير معين وقت عقد الاشتراط ، متى وجد أو كان مستطاع التمين وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة^(١) . وهذه هي ميزة كبيرة ، تطور الاشتراط لمصلحة الغير حتى وصل إليها كما رأينا .

٣٧٦ - **المشترط له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير** : ذلك أن المشترط إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه ، فلا بد أن تكون له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير ، وإلا كان فضولياً . والمصلحة الشخصية هي الفرق الجوهرى ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير كما قدمنا^(٢) .

ولا يشترط أن تكون المصلحة مادية ، بل يجوز أن تكون أدبية . فيصح التأمين لمصلحة الزوجة والأولاد ، والاشتراط لمصلحة الفقراء أو المجزأة أو القطاع أو لأى عمل آخر من أعمال البر .

ولكن يكفي أن يكون للمشترط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، وليس من الضروري أن يكون له دور شخصى في العقد . وقد رأينا في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أن يشترط أن يشترط لمصلحة المتفع دون أن يكون له دور شخصى في هذا الاشتراط ، لا مشترطاً لنفسه ولا متعهداً عنها^(٣) . مثل ذلك أم تتعاقد مع والد ابنها على أن يتعهد

(١) [انظر دى باج ج ٢ بند ٦٦٩ - ٦٧٥ وبينان ج ٩ بند ٩٥٢ و ٩٥٣] .

(٢) [ويرى الدكتور أبو ستيت (بند ٣١٧) أن مجرد الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود مصلحة للمشترط] .

(٣) [غارن دى باج ج ٢ م ٦٠٨ وعامش ج ٢ و ٣ بها - ويند ج ٦٥٤ م ٦٠٩ - ولارن أيضاً الدكتور سالى مدكور في مقاله سالف الذكر (مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٣) م ٢١٩ - ٢٢٠ حيث يرى أن المصلحة الشخصية للمشترط لا تتحقق إلا إذا كان قد اشترط لنفسه حقاً أو حل قسمه بسبب الاشتراط وهو يؤسس ذلك على أن الاشتراط للغير يقوم على فكرة تقابل الالتزامات ، وإلا لكان التزام المتعهد بلا سبب . وانظر في تنفيذ هذا الرأي : الدكتور عبد الحى حجازى في مقاله سالف الذكر (مجلة)

الأب بترتيب إيراد اللابن دون أن تلتزم الأم بشيء قبل الأب . ففي هذا القرض نرى الأم قد اشترطت حقاً لصالح ابنها ، دون أن تشترط لنفسها حقاً أو ترتب في ذمتها التزاماً ، وليست الأم تقوم هنا بعمل القضولى لأن لها مصلحة شخصية في الاشتراط ، وهى مصلحة أدبية ، فهى مدفوعة بمامل الأمومة لا بمامل المروءة . ومثل ذلك أيضاً أن تمنح البلدية احتكاراً لإحدى الشركات ، ثم تعود فتشترط عليها في عقد مستقل شروطاً لمصلحة الجمهور ، وتقبل الشركة هذه الشروط دون مقابل ، فيتحقق في هذا القرض اشتراط لمصلحة الغير دون أن يكون للمشترط دور شخصى ^(١) .

§ ٣ — أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٧ — **المعوقات المختلفة في الاشتراط لمصلحة الغير** : قدمنا أن هناك أشخاصاً ثلاثة في الاشتراط لمصلحة الغير : المشترط والمتمهد والمنفع . وعلينا أن نبحث علاقاتهم بعضهم ببعض . فنتكلم في مسائل ثلاث : (أولاً) علاقة المشترط بالمتمهد . (ثانياً) علاقة المشترط بالمنفع . (ثالثاً) علاقة المتمهد بالمنفع .

٣٧٨ — **علاقة المشترط بالمتمهد** : هذه يحددها العقد الذى تم فيما بينهما . ففي عقد التأمين مثلاً يلتزم المشترط بأن يدفع للمتمهد (شركة التأمين) أقساط التأمين في مواعيدها . وتلتزم شركة التأمين في حالة ما إذا كان المشترط قد اشترط لنفسه إلى جانب اشتراطه للغير بأن تقوم بما عليها من التزام نحو المشترط فتدفع له مثلاً المبلغ المتفق عليه إذا بقى حياً

== العلوم القانونية السنة ٥ — ص ١٥١ — ١٦٢ بند ٧ — ١٤ — وانظر في تحليل فكرة المصلحة في الاشتراط لمصلحة الغير نفس القول بند ١٥ — ١٧ أيضاً [.

(١) [نأر التساؤل عما إذا كانت للمصلحة التى يحققها الاشتراط للغير فى مصلحة المتمهد وحده فهل يعتبر ذلك كافياً لإلزامه الاشتراط ؟ وقد اختلف الفقه فى هذه المسألة والراجح أن مصلحة المتمهد وحدها لا تكفى إذ بين من نص التقيين المدنى المصرى أن المصلحة التى يجب توافرها لصحة الاشتراط هى مصلحة المشترط (انظر مقال الدكتور عبد الحى حجازى فى مجلة العلوم القانونية — السابق ذكره — بند ١٦ ص ١٦٩ — ١٧٣) [.

إلى المدة المتفق عليها . ولكل من المتعاقدين أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع الجائز التمسك بها بالنسبة إلى هذا العقد الذى تم بينهما من أوجه بطلان أو أسباب انقضاء .

وإذا لم يتم أحد المتعاقدين بما عليه من التزامات قبل الآخر وجب تطبيق القواعد العامة . فيجوز للمتعاقد الذى لم يحصل على حقه أن يطلب التنفيذ عيناً إذا كان هذا ممكناً ، أو أن يطلب تعويضاً عن عدم التنفيذ . وله أيضاً أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه^(١) .

ولما كان للمشتراط مصلحة شخصية في التزام المتعهد نحو المنتفع كما قدمنا ، فإن للمشتراط أن يراقب تنفيذ التمهيد لهذا الالتزام لأنه ليس أجنبياً عنه . وعلى هذه المصلحة الشخصية بنينا قيام الاشتراط لمصلحة الغير . وعليها الآن نبني حق للمشتراط في مراقبة تنفيذ التمهيد لالتزامه نحو المنتفع . فالمشتراط أن يطالب المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام للمنتفع ، وأن يرفع دعوى باسمه لا باسم المنتفع للمطالبة بذلك ، وهى دعوى قوامها المصلحة الشخصية الثابتة للمشتراط . بل قد تنصرف نية المشتراط إلى أن يحتفظ لنفسه وحده بدعوى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع ، دون أن يكون للمنتفع نفسه دعوى للمطالبة بهذا التنفيذ ، كما إذا اشترطت الحكومة على إحدى شركات الاحتكار شروطاً لمصلحة الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها ، دون أفراد الجمهور ، بالحق في مطالبة الشركة بتنفيذ هذه الشروط . وعلى العكس من ذلك يجوز أن يبين من العقد أن المنتفع وحده دون المشتراط هو الذى تجوز له المطالبة بتنفيذ التمهيد لالتزامه نحوه ، كما إذا اشترط رب العمل على مصحة أن تنزل من يشاء من عماله لقضاء دور النقاهة فيها على أن يترك ذلك لاختيار العامل . وإلى هذا تشير الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ إذ تقول : « ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك » .

(١) [انظر في هذا المعنى بيضان ج ٩ بند ٩٦٢ ودى باج ج ٢ بند ٧٠٠ — ولاحظ أن حق المشتراط في طلب تنفيذ العقد لا يبنى حق المستفيد في طلب تنفيذ الاشتراط فليس ثمة ما يمنع من ائتمان الطرفين وقد لا يخلو ذلك من فائدة (بيضان ج ٩ بند ٩٦٢ السابق الإشارة إليه)] .

كذلك للشرط ، إذا لم يتم التمسك بتنفيذ التزامه نحو المتنتفع ، أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقاً للقواعد العامة . ويلاحظ أن الشرط إذا فسخ العقد بعد صدور قبول المتنتفع ، سواء كان ذلك لعدم تنفيذ التمسك لالتزامه نحو المتنتفع أو لالتزامه نحو الشرط ، فإن الفسخ لا يضيع على المتنتفع حقه ، فيرجع هذا به على الشرط إلا إذا كان الاشتراط تبرعاً يجوز الرجوع فيه ^(١) .

٣٧٩ - عقود الشرط بالمتنتفع : قد تكون هذه العلاقة علاقة تبرع ، وقد تكون علاقة معاوضة .

فإذا كان الشرط أراد التبرع للمتنتفع ، لم يحل دون ذلك عدم استيفاء الهبة للشكل ، لأن الهبة هنا غير مباشرة ^(٢) . وسنرى أن الشرط نقض الاشتراط ، سواء كان تبرعاً أو معاوضة ، ما دام المتنتفع لم يصدر منه إقرار لما اشترط لمصلحته . أما إذا كان الاشتراط تبرعاً للمتنتفع ، جاز للشرط ، حتى بعد أن يقر المتنتفع هذا الاشتراط ، أن ينقض حق المتنتفع طبقاً لقواعد الرجوع في الهبة ^(٣) . ذلك أن العلاقة التبرعية فيما بين الشرط والمتنتفع ، إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة من حيث الشكل ، فهي تخضع لها من حيث الموضوع ، فيجب توافر أهلية التبرع في الشرط ، وتعتبر الهبة قد صدرت من وقت صدور العقد ، فإذا صدرت من الشرط وهو في مرض موته أخذت حكم الوصية . ويجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصة ولا يشترط أن يكون المتنتفع سيئ النية لأنه موهوب له . ويلاحظ أن

(١) قانون نظرية العقد للزلف ص ٩٠٨ هامش رقم ١ .

(٢) [انظر : الدكتور جمال زكي في العقود المسماة (الطبعة الأولى) بند ٦٠ ص ١٢٦ - ١٢٧ - والدكتور أكثم الخولي في العقود المدنية (الطبعة الأولى) بند ١٠٢ ص ١٤٥] .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين الذي تعاقد عليه مع شركة تأمين ، فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق لا يربح حقاً للمستحق قبل الشرط أو وراثته من بعده بسبب إلقاء بوليصة التأمين لامتناع الشرط عن دفع أقساطه ، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على الشرط . وليس هو حوالة من الشرط للمستحق تفيد بذاتها مديونية الشرط له بمقابل قيمتها (نقض مدني في ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٦ ص ٢٩٧) .

المقدار الموهوب بالنسبة إلى المشتري ليس هو مقدار ما التزم به المتعهد نحو المنتفع ، بل هو مقدار ما دفعه المشتري للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنتفع . فلو أن شخصاً آمن على حياته لمصلحة أولاده تبرعاً منه لهم ، فإن مقدار ما تبرع به لا يكون المبلغ الذى تدفعه شركة التأمين للأولاد بعد موت المؤمن له ، بل هو مقدار الأقساط التى دفعها المؤمن له لشركة التأمين حال حياته بشرط ألا تزيد على مبلغ التأمين . أما إذا أعطى شخص آخر شيئاً قيمته ألف ، واشترط عليه التزاماً لمصلحة الغير بقيمته خمسمائة ، فإن المقدار الذى وهبه المشتري للمنتفع هو خمسمائة لا ألف ^(١) .

أما إذا كان المشتري لم يرد التبرع ، فالمعلاقة بينه وبين المنتفع يحددها موقف الأول من الثانى بحسب الأحوال . فقد يكون المشتري مدينًا للمنتفع ، واشترط له وفاء لدينه ^(٢) . وقد يكون أراد إقراض المنتفع من طريق الاشتراط لمصلحته ، ويكون القرض تبرعاً إذا كان بغير فوائد ومعاوضة إذا كان بفوائد . ومثل القرض الوديعه ، فإذا تسلم المنتفع العين من المتعهد أصبح بالنسبة إلى المشتري حافظاً لوديعته وطبقت أحكام الوديعه فيما بينهما ، وهكذا .

(١) متى تحددت قيمة التبرع على التحوّل التقدّم ، فهذه هي القيمة التى تعتبر عند تطبيق الأحكام الموضوعية للمدة في العلاقة ما بين المشتري والمنتفع . فلو طعن دائن المشتري بالدعوى البوليسية في عقد التأمين الصادر من مدينه وتوافرت شروطها ، فإن الدائن لا ينفذ بحقه إلا بمقدار أقساط التأمين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ جازيت ٧ رقم ١٣٦ ص ٤٨) — أنظر أيضاً في حق الورثة الرجوع بأقساط التأمين على المنتفع باعتبارها وصية لا تنفذ في حقهم : استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ (م ٢٩ ص ١٦٣) . وإذا أراد المؤمن له الرجوع في المدة فإنه يرجع على المنتفع بمقدار الأقساط التى دفعها لشركة التأمين ، وهذا بخلاف ما إذا كان المشتري قد قضى حق المنتفع فإنه يسترد الحق في مبلغ التأمين لا في الأقساط وحدها .

(٢) [أنظر حكم محكمة النقض الصادر في ٩ يناير ١٩٤٧ (مجموعة عمر ٥ ص ٢٩٧ رقم ١٣٦) وقد سبق الإشارة إليه . إذ تضمن أن الاشتراط لمصلحة الغير قد يحصل مقابل حق الاستفادة على المشتري غير أنه تضمن أيضاً أن الاشتراط (وهو في القضية عقد تأمين) لا يفيد بذاته مديونية المشتري للمستحق (أى المنتفع) بمقابل قيمة بوليصة التأمين . وأنظر في ذلك الدكتور أنور سلطان هاشم (١) في صحيفة (٣٥٤) (المصدر طبعة ١٩٦٢)] .

٣٨٠ - عبوة المتعذر بالمتنفع - هو مباشر مصدره عقد الاشتراط : وعلاقة

التمتع بالمتنفع هي أخص ما في الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به من غيره من ضروب التعاقد . ذلك أن المتنفع - ولم يكن طرفاً في العقد الذي التزم به المتعهد - يكسب من هذا العقد حقاً شخصياً مباشراً (droit propre) يستطيع أن يطالب به المتعهد . وهكذا يتحقق ما في الاشتراط لمصلحة الغير من خروج على القاعدة المتينة التي كانت تقضى بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير . وهذا هو ما تصرح به الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من التقنين المدني الجديد في هذا الصدد : « ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك » . فالعقد الذي تم ما بين المشترط والمتعهد هو إذن مصدر الحق المباشر الذي ثبت للغير ، وهذا العقد هو الذي أنشأ هذا الحق^(١) . وإذا قيل كيف ينشئ العقد حقاً للغير ؟ قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ثم ما الذي يمنع من ذلك ؟ ولماذا لا ينشئ العقد حقاً للغير ما دام هذا الغير يرضى بأن يكون هذا الحق له ! ليس في المنطق القانوني ما يجعل هذا متعزراً ، وإنما هي القاعدة الرومانية المتينة التي كانت تحول دون التسليم بهذا المبدأ . وقد قضت ، فزولا عند اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان ، بأن العقد يقتصر أثره على المتعاقدين . ولا معنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها . وليس ثمة ما يمنع من التسليم بأن العقد قد ينشئ حقاً للغير . وهذا ما صرح به التقنين المدني الجديد^(٢) .

(١) [وقد جاء في حكم محكمة النقض (الدائرة المدنية) إن الشارع المصري لم يورد - على خلاف بعض التشرعات الأخرى - نصاً يقرر أن المصاب حقاً مباشراً في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذي أصابه والذي يسأل عنه قبل السئامن ، فوجب الرجوع إلى القواعد العامة لمرة ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسئولية السئامن قد قصد بها اشتراط لمصلحة الغير أم قصد بها اخناق خاص بين الطرفين المتعاقدين ، فإن كان الحق الذي اشترطه السئامن إنما اشترطه لنفسه فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعة على الغير ، أما إذا تبين من مشارطة التأمين أن المتعاقدين قصدا تحويل المصاب الحق المباشر في منافع العقد ، فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هي التي تطبق (قضى مدنى ٥ مايو ١٩٥٥ - مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٤٠ ص ١٠٧٩) - وانظر في ذلك الدكتور عبد الحى حجازى (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٤٨١] .

(٢) رأينا أن المادة ١٥٢ من هذا التقنين تصرح بأن العقد لا يترتب التزاماً في ذمة الغير « ولكن =

ما كنا لنذهب في تقرير ذلك مع وضوحه ، لولا أن الفقهاء يعقدون عادة بحثاً تقليدياً

== يجوز أن يكسبه حقاً .

والذي قرره هنا من أن عقد الاشتراط هو الذي أنشأ حق الانتفع هو ما سبق أن قررناه في كتابنا « نظرية العقد » ص ٩١١ ، وقرره بعد ذلك الدكتور حلمي بهجت بدوى في عبارات لا تخرج عن هذا المعنى ، إذ يقول : « ما الذي يحول في القواعد العامة دون اجتماع إرادة شخصين على أن ينشأ لثالث حق مباشر قبل أحدهما ؟ اللهم لا حائل يحول دون ذلك ، لأن القواعد التي تنهى إليها من تحليل الإرادة ولا من قواعد النظام العام » . (أصول الالتزامات ص ٣٥٤ — ٣٥٥) . ويبدو أن الدكتور حلمي بهجت بدوى لم يقننه بالرأى الذي قلنا به ، فهو عندما عرض للنظريات التقليدية في هذا الموضوع حصرنا بين قهراً (انظر أصول الالتزامات فقرة ٢٤٥ ص ٣٥٢ هامش رقم ١) ، ومضى بعد ذلك بقر ما سبق لنا أن قررناه .

ونحن لم تقتصر على إدخال قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في حظيرة القواعد العامة ، بل نبهنا إلى أن قاعدة التمسك عن الغير هي الأخرى في حاجة إلى إيمان في النظر . ولم فر ما يمنع في المنطق القانوني من أن تقوم قاعدة التمسك عن الغير على غرار قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، تزم الغير بعقد التمسك ذاته لا بعقد جديد . وفسرنا قصور قاعدة التمسك عن الغير في الوصول إلى هذه المرحلة من التطور بأن الضرورات العملية لم تقتض بعد ، كما اقتضت في قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، جواز أن يلزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هذا لا حال المنطق القانوني دون ذلك .

وهذا ما سبق لنا أن قلناه في هذا الصدد : « ويمكن القول بوجه عام إن القانون الحديث ، بعد تدرج في التطور ، أصبح يعترف بأن المتعاقدين يستطيعان بإرادتهما أن يشترطا حقاً للغير . ولكنه وقف عند ذلك ، فلم يعترف حتى اليوم بأن المتعاقدين يستطيعان بإرادتهما كذلك أن ينشئا التزاماً في ذمة الغير . ولم يجر هذا التطور إلا تحت ضغط الضرورات العملية ، فهي التي اقتضت جواز أن يستفيد الغير حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، ولعلها لم تقتض بعد جواز أن يلزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هذا لا حال المنطق القانوني دون ذلك » . (نظرية العقد ص ٨٦٣ - ٨٦٤) .

ثم قلنا في الحاشية : « والواقع من الأمر أن القاعدة التي تقتضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير قاعدة متينة بالية ، ورتبناها عن القانون الروماني ، ونحن نستقيها الآن اسماً لا فعلاً ، وإلا فنحن نخرج عليها كلما اقتضى تقدم المعاملات ذلك وكثيراً ما يقتضيه . . . وليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن شخصين يتفان على إنشاء حق لشخص ثالث أو توليد التزام في ذمته . وليس هنا مناهة أن هذا الشخص الثالث يصبح صاحب الحق أو الدين بالالتزام ولو لم يرض ذلك ، فقبوله ضروري في الحالتين حتى لا يكون دائناً أو مدينأ بالرغم من إرادته ، ولكنه إذا قبل يعتبر الحق الذي كسبه أو الالتزام الذي تعلق في ذمته قد نشأ من نفس العقد الذي لم يكن طرفاً فيه . . . ولا فرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والتمسك عن الغير في ذلك . ولا يجوز أن يقال إن الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقاً أما التمسك عن الغير فيقول التزمناً ، وأنه إذا صح أن الغير يكسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، فلا يصح أن يتعلق في ذمته التزام من عقد لم يصدر منه قبول به . . . ذلك لأن قبول الغير ضروري في الحالتين كما قلنا . ففي الاشتراط لمصلحة الغير لا بد من قبول المنتفع كما سنرى . كذلك في التمسك عن الغير لا بد من اشتراط قبول الغير ، فإذا صدر هذا القبول ==

ينساقون فيه أين مصدر الحق الذى ثبت للمتفع ؟ لعله يكون فى عقد جديد تم بين المشترط والمتفع ، أو بين المتعهد والمتفع . أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشترط على أساس أنه فضولى يعمل لمصلحة المتفع . أو لعله يكون هو حق المشترط كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمتفع . ولكل نظرية من هذه النظريات أنصار يدافعون عنها . على أنه من اليسير تنفيذها جميعاً . فقد قدمنا أن الاشتراط لمصلحة الغير ليس معناه أن المتعهد أو المشترط يمرض إيجاباً على المتفع ليقبله أو يرفضه كما تذهب إلى ذلك نظرية الإيجاب المروض (théorie de l'offre) ، لأن حق المتفع إنما ينشأ من العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد لا من عقد جديد بين المتفع والمتعهد أو بين المتفع والمشترط . وليس معناه أن المشترط يقوم بعمل من أعمال الفضالة للمتفع *théorie de la gestion d'affaire* ، لأن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة هو وجود المصلحة الشخصية فى الحالة الأولى وانعدامها فى الحالة الثانية . وليس معناه أن المشترط يكسب الحق لنفسه أو لا ثم يحوله بعد ذلك للمتفع *théorie de la cession* ، لأن المتفع لا يتلقى الحق عن المشترط ولا يعتبر خلفاً له فيه ، بل هو حق كسبه مباشرة من عقد الاشتراط^(١) . سبق أن فندنا كل هذا ، ونشد الآن كذلك نظرية أخرى لجأ إليها بعض الفقهاء^(٢) أخيراً

== فا الذى يمنح ، من حيث المطلق القانونى ، من اعتبار الالتزام الذى نشأ فى ذمة الغير ، وقد قبله التزاماً فى ذمته ، متولداً من العقد الذى لم يكن طرفاً فيه ، كما هو الأمر فى الاشتراط لمصلحة الغير ؟ » (نظرية العقد من ٨٦٤ هامش رقم ١ و ٢ — انظر أيضاً من ٨٧١ هامش رقم ٢) — هذا ولم يرض التفتين المدنى الجديد أن يسبق الزمن ، فأبقى قاعدة التمهيد عن الغير عند مرحلتها القاصرة ، وسجل لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطورها الأخير ، وقال فى المادة ١٥٢ : « لا يرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » .

(١) [انظر فى عرض النظريات المختلفة فى تكليف الاشتراط لمصلحة الغير : دى باج ج ٢ بند ٦٦٤ — ٦٦٧ وبيدان ج ٩ بند ٩٤٧ — ٩٤٩ والدكتور حشمت أبوسقيت بند ٣١٨ وخاصة هامش صحيفة ٢٩٦ (مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٤) — والعديد أنور سلطان بند ٢٩٣ من ٣٥٠ والدكتور عبد الحى (المصادر ١٩٦٢) بند ٥٠٦ وما بعده من ٨٢٤ وما بعدها] .

(٢) انظر ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ من ١١٤ — بودرى وبارد ١ بقرة ١٦١ — كولان وكايتان ٢ من ٣٢٨ — جوسران ٢ بقرة ٣٠٤ .

ينهبون فيها إلى أن حق المنتفع مصدره إرادة التمتع المنفردة (théorie de la volonté unilatérale) ، ولو كان هذا صحيحاً لما أمكن أن يتمسك التمتع قبل المنتفع بالدفع الواردة على عقد الاشتراط ، ولكان التمتع وحده لا للشرط حق النقص إلى أن يصدر إقرار المنتفع .

والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التي كانت تقضى بأن المقد لا ينشئ حقاً للغير ، ثم إذا وصلوا إلى المكان الذي يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع نسوا ما قرروه من قبل ، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة ذاتها التي سبق لهم أن أنكروها ! فلا يجوز قبيح على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط خوفاً من أن يصطدم بهذه القاعدة ! أما نحن فلا نتردد في أن نقرر أن حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، وليس للحق مصدر غير هذا المقد^(١) .

== ويعرض الأستاذ محمد سامي مذكور في مقاله في التعلق بالاشتراط لمصلحة الغير (مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٣) على أن يكون عقد الاشتراط هو مصدر الحق المباشر للتمتع ، محتجاً في ذلك بأن المذهب الشخصي للالتزام يقتضي قصر أثر المقد على المتعاقدين فلا ينصرف هذا الأثر إلى الغير ، وبأن تمتع التمتع نحو المنتفع يقوم بمجرداً عن الدافع الذي دفع المشرط إلى اشتراطه ، فلا يجوز إسناد حق المنتفع إلى إرادة المشرط بل ينبغي إسنادها إلى إرادة التمتع وحدها ، فهذه الإرادة المنفردة في نظره هي مصدر حق المنتفع (ص ٢٣٣ - ص ٢٣٨) .

وغنى عن البيان أن المذهب الشخصي للالتزام ، وهو مجرد تصوير في مشكوك في قيمته ، لا يصح أن يعترض نصاً صريحاً في القانون يقرر أن المقد قد يكسب الغير حقاً ، ولما يجب إخضاع التصويرات الفنية للنصوص الصريحة . ثم إن قيام تمتع التمتع نحو المنتفع بمجرداً عن الدافع الذي دفع المشرط إلى اشتراطه لا يبنى إطلاقاً أن حق المنتفع لم ينشأ إلا من تلاقى إرادة المشرط بإرادة التمتع ، وليس من إرادة التمتع وحدها ، هذا إلى ما قدمناه من أنه لو كان حق المنتفع مصدره إرادة التمتع المنفردة ، لما أمكن أن يتمسك التمتع قبل المنتفع بالدفع المستمدة من عقد الاشتراط ، ولكان التمتع لا للشرط حق النقص إلى أن يصدر إقرار المنتفع .

(١) وإلى هنا تشير للذكر الإيضاحية للصعوبة التي تهدي إذ تقول : « يتلوى الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيق على قاعدة انحصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم . فالتمتع يلزم قبل المشرط لمصلحة المنتفع ، فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ولو أنه ليس طرفاً في التعاقد ، وبهذه المثابة يكون التعاقد ذاته مصدرًا لهذا الحق . ولهذا التصوير على بساطته ووضوحه فضل الكشف عن وجه هذا النظام وإبراز شخصياته من حيث شدوذه عن حكم القواعد العامة ، وهو فضلا عن ذلك يقلل من عناء استظهار ==

وقرر كذلك أن هذا الحق مباشر، لم يتلقه المتضغ من المشرط . ولكل من هاتين الخاصتين — حق مباشر، وحق مصدره عقد الاشتراط — نتائج هامة تترتب عليها :

٣٨١ — عداوة المنعصر بالمنع (تتم) — ما يترتب من النتائج على أنه هو المتضغ

هو مباشر مصدره عقد الاشتراط : أما النتائج التي تترتب على أن حق المتضغ حق مباشر لا يتلقاه من المشرط فهي ما يأتي :

(١) لا شأن لدائتي المشرط بهذا الحق بمدة موته ، بل يخلص الحق للمتضغ وحده لأنه لم يتلقه من المشرط . ولو كان قد تلقاه منه بطريق اليراث لتلقاه مثقلا بديون التركة وأهم تطبيق لهذا المبدأ هو عقد التأمين على الحياة . فإذا تعاقد المؤمن له مشروطاً لمصلحة أولاده ثم مات ، فإن الأولاد لا يتلقون الحق في تركه أبيهم ، بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين . ويترتب على ذلك أن دائتي المؤمن له ليس لهم أن يعتبروا حق الأولاد داخلا في تركه مدنيهم حتى يرجعوا عليه كما يرجعون على جميع حقوق التركة ، بل تأخذ الأولاد مبلغ التأمين من الشركة خالصاً لهم ، ولا يدفعون منه شيئاً لسداد ديون أبيهم ، وهذه هي أم مزية للتأمين . وقد استقر الفقه والقضاء على هذا المبدأ في فرنسا وفي مصر^(١).

== سائر وجوه التفسير والتخريج التي جهد الفقه التقليدي في التماسها وتضمين جزئياتها = (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٣١٦) .

(١) هبك ٨ فقرة ٥١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٠٤ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٦٢ — ديموج ٧ فقرة ٨١٣ مكررة — والتون ٢ ص ٦١ — من ٦٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨١٦ — الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ٢٤٤ — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٣٢٣ — قض فرنسي في ٢٢ يولية سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢ — ١ — ١٧٧ — وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ — ١ — ٣٩١ — وفي ٢٩ يولية سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ — ١ — ٣٦١ — محكمة النيا الكلية في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٣٢ ص ٤٦٠ — محكمة طنطا الكلية في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٨٣ ص ١٤٠ — استئناف مخطوط في ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١١ — وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٤ ص ٢٧ — وفي ٧ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٤٩ — وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ — وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ — قارن استئناف مخطوط في أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٨ — وفي ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٢ .

(٢) كذلك لا شأن لدائني المشتري بهذا الحق حال حياته ، فإن الحق لم يدخل يوماً ما في مال المشتري حتى يكون داخلًا في ضمانهم العام . وينبغي على ذلك أنه لا يجوز للدائنين التنفيذ على هذا الحق ، وليس لهم أن يستعملوه باسم مدنيهم لأنه ليس حقاً لهذا المدين .

(٣) وإذا كان لدائني المشتري أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البوليصة عند توافر شروطها ، فالواجب مع ذلك ألا تعتبر للتنفع في مركز من تلقى الحق عن تصرف له المدين . ولتوضيح ذلك نفرض أن (أ) أعطى (ب) منزلاً قيمته ألف ، واشترط عليه أن يعطى (ج) مبلغاً مقداره خمسمائة . وأراد دائن (أ) أن يطعن بالدعوى البوليصة في هذا العقد . في هذه الحالة يجب التمييز بين تصرفين : (التصرف الأول) هو الصادر من (أ) إلى (ب) ، وهو معاوضة بالنسبة إلى (ب) ، فيشترط التواطؤ بين (أ) و (ب) لنجاح الدعوى البوليصة ، دون أن يشترط تواطؤ (ج) لأنه تلقى حقاً مباشراً ولم يخلف (ب) في حق انتقل إليهم من (أ) . وإذا ثبت التواطؤ بين (أ) و (ب) اعتبر التصرف غير نافذ في حق الدائن ، وكان لهذا أن ينفذ بحقه على المنزل ، ويرجع (ب) على (أ) بما أعطاه إلى (ج) أو يفسخ العقد فيزول التزامه نحو (ج) . — و (التصرف الثاني) هو الصادر من (أ) إلى (ج) عن طريق الاشتراط ، فإذا كانت العلاقة بين (أ) و (ج) هي علاقة تبرع ، فإن دائن (أ) يستطيع بالدعوى البوليصة أن يحمل هذه الهبة ومقدارها خمسمائة غير نافذة في حقه حتى لو كان (ج) حسن النية . أما إذا كانت العلاقة بين (أ) و (ج) هي علاقة معاوضة ، فليس للدائن حق الطعن إلا إذا أثبت التواطؤ فيما بينهما .

(٤) ولما كان المنتفع لا يتلقى حقه من المشتري بل يكسبه مباشرة من عقد الاشتراط ، فيصبح دائناً للمتعهد ، فإنه يترتب على ذلك أن دائني المتعهد ، وقد أصبح المنتفع واحداً منهم ، يشتركون مع المنتفع شركة غراماً في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد ، ولهم أن يستعملوا حق مدنيهم في التمسك قبل المنتفع بأي دفع من الدفع الواردة على عقد الاشتراط ، ولهم أن يطعنوا في التزام مدنيهم نحو المنتفع بالدعوى البوليصة لأن هذه الدعوى تجوز

في القانون الجديد في عمل يزيد به للدين من التزاماته (م ٢٣٧ جديد) ^(١).

أما النتائج التي تترتب على أن حق المنتفع المباشر مصدره العقد الذي تم ما بين المشتري والمتعهد فهي ما يأتي :

١ - لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، فهو يوجد منذ صدور هذا العقد ^(٢) ، لا من وقت إعلان المنتفع لرغبته في الاستفادة من الاشتراط . ويترب على ذلك أنه إذا فقد المتعهد أهليته في الفترة ما بين صدور العقد وصدور رغبة المنتفع ، فلا يكون هذا مانعاً للمنتفع من أن يعلن عن رغبته . ويترب على ذلك أيضاً أن المنتفع إذا رفض الاشتراط ، جاز الطعن في رفضه بالدعوى البوليصة ، لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط ، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إقصافاً من حقوقه (م ٢٣٧ جديد) .

٢ - لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، فإن المتعهد يستطيع أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفوع الجائزة في هذا العقد ^(٣) ، فله أن يطعن فيه بأي وجه من وجوه البطلان ، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ ^(٤) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني الجديد إذ تقول : « ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد » ^(٥) .

(١) وما يترتب أيضاً من النتائج على أن المتعهد أصبح مديناً للمنتفع لا للمشتري أن المتعهد لا يستطيع أن يتمسك بالقصة بين حق له على المشتري والزامه نحو المنتفع (استئناف مخطوط في ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٦٦) . ويترب أيضاً على ذلك أن المتعهد لا يستطيع عند رجوع المنتفع عليه أن يطلب تجريد المشتري (استئناف مخطوط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١) .

(٢) استئناف مخطوط في ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ . [وانظر بنفس المعنى : الدكتور حشمت أبو سقيت بند ٤٢٣] .

(٣) [أي أن عقد الاشتراط يجب براءة أن يكون صحيحاً (أنظر انور سلطان بند ٣٠٠)] .

(٤) انظر في الفرق ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والإنابة في الوفاء نظرية العقد للمؤلف ص ٩١٦ هامش رقم ١ .

(٥) وإذا كان العقد ما بين المشتري والمتعهد عقداً سورياً ، جاز في نظرنا للمتعهد أن يتمسك قبل =

٣ - لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط الذي تم بين المشرط والمتمتع ،
 فلهذين المتعاقدين أن يكتيفا هذا الحق طبقاً لما يتم عليه الاتفاق بينهما . ويترتب على ذلك أنه
 يجوز للمشرط أن يتفق مع المتمتع على أن يكون للمشرط وحده دون المنتفع حق المطالبة
 بتنفيذ التزام المتمتع نحو المنتفع ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك ^(١) . ويترتب على ذلك
 أيضاً أنه يجوز للمتعاقدين - المشرط والمتمتع - أن يجعلوا حق المنتفع غير قابل للنقض
 أو قابلاً للنقض بعد الاتفاق مع المتمتع على ذلك . وهذا الشرط الأخير مفهوم ضمناً إذا
 ثبت أن للمتمتع مصلحة في الاشتراط ، فلا يجوز للمشرط في هذه الحالة أن يستقل بنقض
 حق المنتفع ، كما إذا تعهد أحد المتعاقبين بأن يدفع المستحق عليه من فرق البذل في نصيب
 المتعاقب الآخر من دين على أطيان هو شريك له فيها على الشيوع ^(٢) .

٣٨٢ - **عقود المتمتع بالمنتفع (تمت) - موارثة منتفع من المنتفع : وحق المنتفع**
 المباشر الذي يكسبه من عقد الاشتراط قابل للنقض إلى أن يصدر منه إقرار هذا الحق .
 وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٥٥ من القانون المدني الجديد إذ تقول :
 « يجوز للمشرط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاطرة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتمتع
 أو إلى المشرط رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » .

== المنتفع بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لا يعتبر « غيراً »
 في هذه الصورية حتى يستطیع التسلط بالعقد الظاهر ، فهو قد استمد حقه من هذا العقد ، وشرط الغير
 في الصورية ألا يكون حقه الذي تراد حاجته من الصورية مستمداً من العقد الصوري ذاته . وقد سبق
 الإشارة إلى هذه المسألة ، وسنعود إليها بيان أوفق عند الكلام في الصورية .

(١) انظر آفاً فقرة ٣٧٨ - وقد ضربنا مثلاً لذلك أن تصادق الحكومة مع شركة احتكار مشرطة
 عليها شروطاً في مصلحة الجمهور ، ولكنها تحتفظ لنفسها ، دون أفراد الجمهور ، بحق إلزام الشركة بتنفيذ
 هذه الشروط (انظر في هذا المعنى استئناف مختلط في ٣ يولية سنة ١٨٩٦ م ٨٠ ص ٣١٣ - وفي ١٧
 مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٣ - والتون ٢ ص ٥٧ - ص ٥٨) .

(٢) قضى مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧ - انظر أيضاً
 استئناف مختلط في ١٧ يولية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦٧ .

والذى يثبت له حق النقص هو المشترط ، إلا إذا نزل عن هذا الحق^(١) وقد يكون حق النقص مخالفاً لما يقتضيه القصد فلا يقوم ، كما إذا باع شخص عقاراً مرهوناً واشترط على المشتري دفع بعض الثمن سداً للدين المضمون بالرهن ، فهذا يكون عدم جواز نقص الاشتراط لمصلحة الدائن المرتهن أمراً يقتضيه القصد ، لما للمشتري من مصلحة في تخليص العقار من الرهن ، فلا يجوز في هذه الحالة للبائع الرجوع في هذا الاشتراط . وقد يشترط المتعهد أن المشترط لا يستعمل حق النقص إلا بموافقة إذا كانت له مصلحة في تنفيذ الالتزام للمنتفع ، وقد سبق بيان ذلك . بل قد يشترط المتعهد أن يكون له هو أيضاً حق النقص بشرط أن يحل محل المنتفع المشترط أو منتفعاً آخر حتى لا يتحلل من التزامه بمحض إرادته^(٢) . وحق النقص حق شخصي يرجع لاعتبارات خاصة بالمشرط . أو بمن يملك هذا الحق معه ، لذلك لا يجوز للدائنين استعماله باسم المدين ، ولا ينتقل إلى الورثة ، فإذا مات المشترط دون أن ينقض الحق ، فليس للورثة حق النقص ولو لم يصدر إقرار المنتفع ، وإلا لاندفعت الورثة بمامل مصلحتهم إلى نقص حق لم ينقصه مورثهم .

ويوجه المشترط النقص إلى المنتفع أو إلى المتعهد ، ولكن يجب إعلان المتعهد دائماً بالنقص حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع^(٣) ، وليس للنقص شكل مخصوص ، وكما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمناً^(٤) .

(١) [والراجع فقهاً أنه يجوز الاتفاق على عدم قض المشاركة ويعتبر ذلك نزولاً من الشرط عن حق النقص] انظر الدكتور عبد الحى حجازى مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٢ بند (٤٩٢) .

(٢) استئناف مخطوط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ — وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ . انظر أيضاً بلانول وريبير وإيمان ١ فقرة ٣٥٨ . [فلون أنور سلطان هامش (١) في ص ٣٥٥ حيث يشير إلى رأى بعض الفراح مؤداه عدم جواز إعطاء حق النقص للمتعهد وحده] .

(٣) استئناف مخطوط في ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٧ .

(٤) ومن قبيل النقص الجزئى أن يرهن المؤمن له بوليصة التأمين لوائه ، فلا يعود مبلغ التأمين إلى المنتفعين إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه (استئناف مخطوط في ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٢) . وقضت محكمة النقص بأنه إذا اتفق البائع والمشتري على أن يحتفظ المشتري ببعض الثمن تأميناً وضماناً =

وإذا قضى المشتري حق المنتفع ولم يعين منتفعاً آخر ولم يبرئ ذمة التمسيد فإن الحق ينصرف إليه هو ، ويعتبر أنه ثابت له من وقت العقد لا من وقت النقض ، وقد ثبت له بموجب العقد ولم ينتقل إليه من المنتفع ، ولذلك ينقلب الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عاوى لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين ، ويجوز للمشتري عند النقض أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الأول ، ويثبت له الحق من وقت العقد كذلك ولا يتلقاه من المنتفع الأول ، وإلى هذا تشير الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ إذ تقول : « ولا يترتب على قضى المشاركة أن تبرأ ذمة التمسيد قبل المشتري ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك ، وللمشتري لإحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة » . وإذا قضى المشتري حق المنتفع وأضافه إلى نفسه ، فإنه يجوز له أن يعدل عن ذلك ويعين منتفعاً آخر ، سواء كان هو المنتفع الأول أو غيره ، ويعتبر حق أى من هؤلاء ثابتاً من وقت العقد دائماً ، ويؤيد العقد كما كان اشتراطاً لمصلحة الغير ^(١) .

== حين آخر على البائع ، فهذا الاتفاق يعتبر قانوناً اشتراطاً لمصلحة الغير ، وحكمه أن للمشتري الحق في نقضه ما لم يعلن من حصل الشرط لمصلحته قبله له . ولا يجب في قضى الاتفاق أن يكون بشكل مخصوص ، بل هو كما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمناً . ولا عمل هنا لتطبيق المادة ١٤١ من القانون المدنى (القديم) لتسكين دائن البائع من استعمال حق مدينه والرجوع على المشتري ، فإن هذه المادة مجالها أن يكون حق المدين (هنا البائع) لا يزال باقياً في ذمة التمسيد (هنا المشتري) عند استعمال الدائن هذا الحق ، فإذا ما انقضى بالوفاء فلا يبقى للمدين بعد ذلك أى حق يصح للدائن أن يباشره باسمه (قضى مدنى في ١١ يونيو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٧١ ص ٤٧٣) . ونلاحظ هنا أن دائن الشرط لا يجوز له أن يستعمل حق النقض باسم مدينه لما قدمناه من أن هذا الحق شخصى للمشتري ، وقد ورد نص القانون الجديد صريحاً في ذلك كما رأينا . فإذا امتنع على دائن البائع أن يستعمل حق النقض باسم مدينه ، فإن هذا يرجع إلى شخصية حق النقض ، لا إلى أن الثمن لم يعد باقياً في ذمة المشتري كما ذهب المحكمة .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتى : « وللمشتري أن ينقض للمشاركة قبل إقرار المنتفع لها إلا أن يكون ذلك متافياً لروح التعاقد . وله عند قضى المشاركة أن يعين منتفعاً آخر أو أن يستأثر لنفسه بمنفعها ، ما لم تكن ذمة المتعاقدين قد انصرفت صراحة أو ضمناً إلى أن الإلانة يقرب عليه أن تبرأ ذمة التمسيد قبل المشتري . ولما كان قضى المشاركة أمراً يرجع إلى تقدير المشتري ذاته ، فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيه أو ورثته . وإذا رفض المنتفع المشاركة نهائياً فيكون للمشتري عين الحقوق التي تقدمت الإشارة إليها في الفرض السابق ، والظاهر أنه يجوز له فوق ذلك أن يطلب نسخ العقد باعتبار أن التمسيد يستحيل عليه تنفيذ التزامه قبل المنتفع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧) .

٣٨٣ — عروة المتعهد بالمنفعة (خاتمة) وجوب إقرار المتنعف له : ولا ينقطع حق النقص إلا إذا صدر إقرار المتنعف^(١). فإقرار المتنعف إذن هو تثبيت لحقه ، وليس قبولاً لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشتري كما ينشأ^(٢). ولا بد من صدور إقرار من المتنعف كي لا يثبت له حق بدون رضاه^(٣). فإذا صدر الإقرار تثبت الحق ، واعتبر موجوداً من وقت العقد لا من وقت الإقرار كما أسلفنا الإشارة .

ويستطيع المتنعف أن يصدر إقراره في أى وقت شاء ما دام المشتري لم ينقض الحق^(٤). ولا يسقط حقه في إصدار الإقرار إلا بالتقادم . والذي يسقط بالتقادم هنا هو حق المتنعف الذي لم يثبت بالإقرار ولم يستعمل في خلال مدة التقادم .

(١) وإذا صدر قس من المشرط وإقرار من المتنعف قبل أن يعلم أحدهما بما فعل الآخر ، فالعبرة ليست بتاريخ صدور النقص والإقرار ، بل بتاريخ إعلانهما إلى المتعهد ، فن أعلن المتعهد أولاً هو الذي يسرى تصرفه ، ويثبت حق المتنعف منقوضاً إذا سبق المشرط إلى إعلان النقص للمتعهد ، أو يعتبر قد ثبت غير قابل للنقض إذا سبق المتنعف إلى إعلان إقراره للمتعهد (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٦١) . [وانظر الدكتور عبد الحى حجازى الصادر ١٩٦٢ بند ٤٩٦ من ٨٠٨] .

(٢) [انظر فى هذا المعنى يبدان ٩ بند ٩٦٠ — ودى باج ج ٢ بند ٦٧٨ — ٦٨٦ — وكذلك لا يعتبر إقرار المتنعف إجازة (انظر الدكتور حشمت أبو سنيى بند ٣٢٥)] .

(٣) [وإذا توفى للمتنعف قبل أن يعلن قبوله انتقل هذا الحق لورثته ما لم يقرن أن المشرط قد قصد صراحة أو ضمناً قصر الحق على المتنعف وحده (أنور سلطان بند ٢٩٨ من ٣٥٦ وعبد الحى حجازى بند ٥٠٠)] .

(٤) استئناف مخطوط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٣٨ من ١٨٤ — وفى ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ٢٢١ — وقضت محكمة النقص بأن المادة ١٣٧ من القانون المدنى (القديم) نصت على أن من عقدت على فتمه مشاركة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها ورفضها ، ولم يطلب القانون ممن حصل العقد على فتمه أن يظهر رغبته في قبولها في زمن معين ، وكل ما اقتضاه منه في حالة عدم القبول أن يعلن الرضى ، أما القبول فيكتفى فيه السكوت (قس مدنى فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ بمجموعة عمر ١ رقم ١٨ من ٣٠) .

هذا ويجوز لكل من المشرط والمتعهد أن يحدد أجلاً مقولاً للمتنعف يختار فيه بين الإقرار والرفض ، فإذا انقضى الأجل عد رافضاً . ولقضى الرضا على ما إذا كان الأجل مقولاً (انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣١٧) .

والإقرار قد يكون صريحاً أو ضمناً^(١) ، ولا يشترط له شكل مخصوص حتى لو تعلق المنتفع الحق تبرعاً ، فإن التبرع هنا ليس هبة مباشرة تستلزم الشكل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . و يعلن المنتفع إقراره للمتعهد أو للعشترط ، ولكن لا بد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسرى في حقه . والإقرار كالنقض تصرف قانوني ينمقد بإرادة منفردة .

فإذا صدر الإقرار وصار الحق غير قابل للنقض ، كان المدين بهذا الحق هو المتعهد أو ورثته . فإذا استحال التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض . ولكن لا يجوز للمنتفع أن يطلب فسخ العقد . لأنه ليس طرفاً فيه . والذي يجوز له المطالبة بالنقض هو المشترط كما قلنا^(٢) .

وقد يرفض المنتفع ، صراحة أو ضمناً ، الحق الذي اشترط لمصلحته . وفي هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشترط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض . والرفض ، كالنقض والإقرار ، تصرف قانوني ينمقد بإرادة منفردة . ويجوز لدائى المنتفع الطعن فيه بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها^(٣) كما قلنا . وغنى عن البيان أن المشترط يجوز

(١) [ولا يمتبر سكوت المنتفع عن إعلان رأيه رفضاً بل بالعكس يفترض أنه قبول للاشتراط (انظر أنور سلطان بند ٢٩٨) وقد أشار إلى حكم النقض الصادر في ١٧/١٢/١٩٣١ — مجموعة عمر جزء أول ص ٣٠ رقم ١٨ — تأييداً لرأيه] .

(٢) وإلى هذا كله تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « وإذا صح عزم المنتفع على قبول الاشتراط ، فيجوز له أن يعلن المتعهد أو المشترط بإقراره ، ويراعى أن هذا الإقرار تصرف قانوني ينمقد بإرادة منفردة . ولا يشترط له استيفاء شكل ما ، ولم يحدد المشرع أجلاً معيناً لصدوره ، ولكن يجوز إنذار المنتفع بالإقصاد عما يترتب في فترة مقبولة . ويصبح حق المنتفع لازماً أى غير قابل للنقض بمجرد إعلان الإقرار . وهو حق مباشر مصدره العقد ، ويترتب على ذلك تقييدان : الأول أنه يجوز للمنتفع أن يطالب بتنفيذ الاشتراط ما لم ينفق على خلاف ذلك . ولا كان المشترط مصلحة شخصية في هذا التنفيذ ، وهو يفرق عن الفضول من هذا الوجه ، فيجوز له أيضاً أن يتولى المطالبة بنفسه إلا إذا قضى العقد بغير ذلك . والثانية أنه يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنفرع عن العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧)

(٣) ذلك أن الحق قد ثبت للمنتفع من وقت الاشتراط لمصلحته ، وليس إقراره له إلا تثبيتاً وحماية له من النقص . فرفض المنتفع للحق بعد أن ثبت له يمتبر تصرفاً قانونياً مفترقاً أسقط به حقاً تائباً ، ومن ثم يجوز لدائى المنتفع الطعن في هذا الرفض بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها (سليمان مرقس نظرية العقد طبعة ١٩٥٦ فقرة ٢٢٥) [وانظر عكس ذلك أحد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٢٦ ص ٣٠٢ ، =

له ، عند رفض المنتفع ، أن يعين منتفعاً آخر محل محل المنتفع الذى رفض ، ويثبت حق هذا المنتفع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيينه .

الفصل الثانى

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع

٣٨٤ — نسيب العقد من حيث الموضوع : العقد نسبي أيضاً فى أثر قوته الملزمة من حيث موضوع التعاقد . والملتزم بالعقد مسئول عن ذلك ، وهذه المسئولية هى التى نسميها بالمسئولية العقدية ، وهى الجزء الذى يكفل قوة العقد الملزمة .
فنحن نبحث إذن أمرين : (أولاً) تحديد موضوع التعاقد (ثانياً) المسئولية العقدية .

المبحث الأول

تحديد موضوع التعاقد

٣٨٥ — كيف يكونه تحديد موضوع التعاقد : لا يلتزم المتعاقد إلا بما ورد فى العقد . وقد يرى القاضى العقد فى حاجة إلى التفسير . فإذا فسره وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه ، ليعين مدى ما أنشأ من الالتزامات . ثم وجب على الملتزم أن يقوم بالالتزام كما تحدد فى العقد دون نقص أو زيادة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين .
فنحن نتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (١) تفسير العقد . (٢) تحديد نطاق العقد .
(٣) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين .

== حيث يرى أن حق الرضى حق شخصى للمنتفع ، كما أن الحق لم يدخل بعد فى ذمته حتى يقال إنه أخرج من ذمته حقاً كاملاً . ويبدو أن الدكتور مرقس فى كتابه مصادر الالتزام طبعه ١٩٦٠ بند ٣٧٨ يوافق المؤلف على رأيه غير أنه قد وقع خطأ مطبعى (ص ٤٢٨) يوم نشر ذلك ولكن هذا الخطأ يقين من سياق الكلام ومن الرجوع إلى كتاب الدكتور مرقس فى نظرية العقد طبعه ١٩٥٦ ص ٤٠٣ — ٤٠٤] .

المطلب الأول

تفسير العقد (*)

(Interprétation du contrat)

٣٨٦ — النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٠ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي:

« ١ — إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ».

« ٢ — أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في

(*) بعض المراجع: ديريه (Dereux) في تفسير التصرفات القانونية رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ — جونو (Gounot) رسالة من ديجون سنة ١٩١٢ — جني (Gény) في مارك التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ — سالي (Saleilles) في الالتزامات في القانون الألماني — وفي إعلان الإرادة — بلانيول وريبير ولسمان ١ فقرة ٣٧٣ — فقرة ٣٧٥ — بلانيول وريبير وبولانييه ٢ فقرة ٤٤٩ — فقرة ٤٥٩ — الدكتور أحمد زكي الشبلي في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري الجديد رسالة تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ (مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٩ العدد الأول — القسم الفرنسي من ١ — ٨٦) — حلمد فهمي ومحمد حلمد فهمي في النقض في اللوادر المدنية والتجارية — والتون ١ من ٣٦٢ — من ٣٩٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٦ وما بعدها — حتى يهبت بدوى فقرة ١٨٥ وما بعدها — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٣١ وما بعدها (طبعة ١٩٥٤).

[أضف إلى ذلك: دي باج ج ٢ من ٥٢٠ بند ٥٦٠ وما بعده — بيدان ج ٨ من ٢١٤ بند ٢٩٩ وما بعده — مارك ورينو ج ٢ (المجلد الأول) بند ٩٧ من ٧٩ وبند ٢١٦ وما بعده من ١٩٧ وما بعدها — حسين عامر: في القوة الملزمة للعقد سنة ١٩٤٩ — سليمان مرقس: مصادر الالتزام بند ٢٥٥ من ٣٣٩ وما بعدها — أنور سلطان (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٣٠٣ وما بعده من ٣٦٠ وما بعدها — عبد النعم فرج الصفة بند ٢٧٩ من ٣١٦ وما بعده — عبد الحى حجازي (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٢٩٨ من ٤٢٢ وما بعده — عبد السلام الترماني: سلطة القاضي في تعديل العقود — بحث مقدم للمؤتمر السادس للباحثين العرب — المحاضرة السنة (٤١) — العدد السادس (فبراير ١٩٦١) من ٨٩٩ — وانظر المراجع المشار إليها في هامش (٣) من صحيفة ٦٦٤ بهذا الكتاب.]

المعاملات»^(١).

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتي :

« ١ - يفسر الشك في مصلحة المدين » .

« ٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدين »^(٢).

ويقابل هذه النصوص ، النصوص الآتية في التقنين المدني القديم :

م ١٩٩/١٣٨ : « يجب أن تفسر المشارطات على حسب الفرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها مع ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجاري » .

م ٢٠٠/١٣٩ : « وهكذا يكون التفسير في الشروط المعلق عليها إبقاء المشاركة أو تأييدها » .

م ٢٠١/١٤٠ : « في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتهد » .

ولم يستحدث التقنين الجديد في تفسير المقد قواعد لم تكن في التقنين القديم . ولم يعد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق ، فيها عدا بعض خلافاً لفظية طفيفة وفيها عدا عبارة « وبالفرس الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصدها » فقد تضمنها نص المشروع التمهيدى . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة اكتفاء بعبارة « فيجب البحث عن النية المشتركة للمتاعدين » ، وأجريت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وكذلك وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٥٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال الحضيرة ٢ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٨) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين السورى م ١٥١ (مطابق) التقنين الليبي م ١٥٢ (مطابق) - التقنين العراقى م ١٥٥ - ١٦٥ (موافق) - التقنين اللبناني م ٢٢١ و ٣٦٦ - ٣٦٨ (موافق) .

(٢) انظر تاريخ النص آخاً فقرة ١١٨ .

أن قنن القضاء المصرى فيما جاوز النصوص القديمة . فأورد الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ ملزمة بعدم الانحراف عن عبارة العقد إذا كانت واضحة ، وقضاء محكمة النقض جرى على هذا المبدأ كما سنرى . وأورد الفقرة الثانية من المادة ١٥١ فى تفسير عقود الإذعان ، وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ كما رأينا عند الكلام فى عقود الإذعان^(١) .

ولكن التقنين الجديد ، مع ذلك ، أبرز فى وضوح أن التفسير يتجه إلى الإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهه إلى الإرادة الباطنة ، بأن أوجب البحث عن النية المشتركة للمتاعدين والاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل والعرف الجارى ، وهذه عوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هى المصدر الذى تستخلص منه الإرادة الباطنة .

٣٨٧ — البحث فى تفسير العقد بآنى بعد البحث فى انعقاد العقد وفى صحته : وبلاحظ

بإدى الأمر أن البحث فى تفسير العقد إنما يأتى بعد البحث فى انعقاد العقد والبحث فى صحته . إذ لا جلوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحاً ، حتى يكون قابلاً للتنفيذ^(٢) .

ونطاق البحث فى انعقاد العقد وصحته غير نطاق البحث فى تفسير العقد لتحديد آثاره . وفى انعقاد العقد وصحته يدور البحث حول الإرادة التى يؤخذ بها هل هى الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، فإذا كانت هى الإرادة الباطنة فهل اتفقت أو انحرفت عن الإرادة الظاهرة لنعرف هل هى صحيحة أو معيبة ، وهل تطابقت الإرادتان تطابقاً تاماً حتى تخلص

(١) [على أنه يلاحظ أن قواعد التفسير المنصوص عليها فى المادتين ١٥٠ و ١٥١ من التقنين المدنى إنما تنطبق على العقود المدنية . فهى لا تنطبق على القرارات الإدارية (انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٤ يناير ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣ ص ٢٦)] .

(٢) ويلاحظ الدكتور الشينى فى رسالته « تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد » (ص ٤٥ — ص ٤٦) أن نظرية التفسير ضرورية للبحث فى انعقاد العقد وفى صحته وفى تحديد آثاره ، إذ يتوقف على تفسير التعبير عن الإرادة لكل من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت هاتان الإرادتان متطابقتين ، وهذا هو انعقاد العقد ، وما إذا كانت الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة الباطنة ، وهذه هى صحة العقد ، وما هو مدى هاتين الإرادتتين المتطابقتين الصحيحتين ، وهذا هو تفسير العقد لتحديد آثاره . ويستخلص الدكتور الشينى من ذلك الأهمية البالغة التى لنظرية التفسير ، ويعتبر أنها هى المحك الذى يميز ما بين النظم القانونية المختلفة .

منهما إرادة مشتركة للمتقاعدين . أما في تفسير العقد لتحديد آثاره ، فنحن بعد أن نكون قد استخلصنا الإرادة المشتركة للمتقاعدين ، نقف عند هذه الإرادة الظاهرة لتبين معانيها ، ما وضح منها وما غمض ، مقترضين أن هناك تطابقاً بينها وبين الإرادة الباطنة حتى يقوم الدليل على العكس . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلي .

٣٨٨ — القانون والواقع في تفسير العقد : ویمینا أن نبین منذ الآن ما يعتبر في تفسير العقد قانوناً يخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر واقعاً لا يخضع لرقابتها^(١) .

ويمكن حصر مسائل القانون في تفسير العقد في المسائل الثلاث الآتية :

(أولاً) هناك قواعد نص عليها القانون في تفسير العقد . وهذه القواعد يلتزم القاضي باتباعها تحت رقابة محكمة النقض ، فإذا خرج عليها قض حكمه لمخالفته للقانون . ويستخلص من نصوص التقيدين الجديد المتقدم ذكرها أن قواعد التفسير للزمة قانوناً ثلاث :

١ — ما نص عليه القانون (م ١٥٠ ققرة ١) من أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة للمتقاعدين . فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة فيه مخالفة للقانون . وسنعرض فيما يلي لهذه القاعدة تفصيلاً ، ونبين إلى أى حد تنبسط رقابة محكمة النقض في ذلك .

٢ — ما نص عليه القانون (م ١٥٠ ققرة ٢) من أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن النية المشتركة للمتقاعدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ . فالعبارة بالإرادة الحقيقية (الباطنة) على أن تكون هذه الإرادة هي الإرادة المشتركة

(١) [فلان : دى باج ج ٢ بند ٥٦٥ ص ٥٢٥ ومامش ٢ — وبلائيول ج ٢ بند ١١٨١ — وربرتوار دالوز الحديث تحت كلمة « عقود » بند ٩٦ — فئمة رأى في الفقه يعتبر أغلب القواعد التي نص عليها المشرع في باب تفسير العقود من قبيل النصيحة الموجهة إلى القاضي — وبالتالي يعتبر التفسير من مسائل الواقع أصلاً فلا يخضع لرقابة النقض — باستثناء مسألة التكيف — إلا في حدود ضيقة ، كما في حالة نسخ العقد وتفسويعه ، أو مخالفة معناه الظاهر دون مبرر سائر] .

للمتعاقدين^(١) على النحو الذى سنفصله فيما يلى . وهذه قاعدة قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عليها عند تفسير العقد . فالقاضى الذى يقرر فى حكمه أن المتعاقدين أَرَادَا شيئاً معيناً ، وكان هذا الشيء جائزاً قانوناً . ثم يصرح بعد ذلك بأنه لا يقضى بما أَرَادَا المتعاقدان بل بما تقضى به العدالة ، يكون قد خالف القانون وينقض حكمه^(٢) . أما ما ذكره النص بعد ذلك من الاستهداء فى تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات ، فهذه قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضى ، وهو حر فى ألا يتبعها إذا رأى أن اتباعها لا يحمى ولا يؤدى به إلى تعرف نية المتعاقدين . وهو إذا جهر بذلك لا ينقض حكمه .

(٣) مانع عليه القانون (م ١٥١) من أن الشك يفسر فى مصلحة المدين ، مع استثناء عقود الإذعان فيها لا يجوز أن يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المذعن . فهذه هى أيضاً قاعدة قانونية ملزمة فى تفسير العقد ، إذا خالفها القاضى نقض حكمه . وسنرى فيما يلى مدى تطبيق القاعدة ، ومتى يمكن القول بأن هناك شكاً فى إرادة المتعاقدين . ولكن نلاحظ منذ الآن أن تحديد معنى الشك ومتى يمكن القول بأن الشك موجود هو أيضاً من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض .

(ثانياً) إذا التزم القاضى فى تفسير إرادة المتعاقدين القواعد القانونية الملزمة التى تقدم ذكرها ، فهو يكشف عن هذه الإرادة وله سلطة التدبير فى الكشف عنها ، وهذه سلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض كما سنرى . ولكنه يتقيد قانوناً — ويخضع فى ذلك

(١) استئناف وطنى فى ١١ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٢ ص ٣٤٥ — استئناف مخطوط فى ١١ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ — وفى ١٥ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٧٣ — وفى ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ — وفى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ١٤ — وفى ٢٩ ديسمبر ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٢ — وفى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٧ ص ٥٣ .

(٢) استئناف مخطوط فى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢١ . قض فرنسى فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٤ — ١ — ١٥٩ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيرة ١٩٢٨ — ١٣٨ — ١ .

لرقابة محكمة النقض — بقاعدة جوهرية بسطتها محكمة النقض في كثير من أحكامها . ذلك أن قاضي الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذي ثبت عنده ، يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلاً لا وهماً ، غير مناقضة للثابت في الدعوى ، وتؤدي عقلاً لاستخلاص الواقعة التي ثبتت عند القاضي . فإذا أثبت القاضي مصدراً للواقعة وهماً لا وجود له ، أو موجوداً ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو ، كان حكمه مخالفاً للقواعد القانونية في الإثبات ووجب نقضه ^(١) .

(ثالثاً) متى كشف القاضي عن إرادة المتعاقدين ، ملتزماً في ذلك القواعد القانونية التي تقدم ذكرها ، كيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيد بتكييف المتعاقدين ^(٢) ، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية . وهو خاضع في التكييف وما رتب عليه من آثار لرقابة محكمة النقض ، لأنه يطبق القانون على الواقع ، وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية ^(٣) .

(١) قض مدني في أول مارس سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ س ٣٧٨ -- انظر أيضاً ماقررت محكمة النقض من أنه إذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى من دلائلها المقدمة له تقديمياً صحيحاً ، ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض ، إلا أنه متى أثبت لهذا الفهم دليلاً وهماً لا وجود له ، أو كان موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص هذا الفهم منه ، فإن حكمه يقع إذن تحت رقابة محكمة النقض لخالفته لقواعد الإثبات القانونية ، فإذا اتجهل الحكم للحادث الضار سبباً تمييزياً لا يمكن استخلاصه فعلاً من عناصر التطبيق التي كانت أمام المحكمة تعين نقضه (قض مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ س ٦٣٠) .

(٢) [وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن المرة في تكييف العقود من بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين دون اعتداد بالألفاظ التي استخدموها أو بالتكييف الذي أسبغاه على العقد (أنظر مثلاً : قض مدني ١٩٦١/١٢/٢١ بمجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٧ س ٨١٠ — وقض مدني ١٩٦٢/١٢/١٣ بمجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٨٠ س ١١٤٠)] .

(٣) [أنظر في دور محكمة النقض في تفسير العقود : مارتى وريزو ج ٢ المجلد الأول بند ٢٢٠ س ٢٠٢ — ومارتى (Marty) في التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة النقض (رسالة من تولوز سنة ١٩٢٩) — وبمجه في : دور القاضي في تفسير العقود (في أعمال جمعية هنري كاييتان سنة ١٩٤٩ س ٨٥ وما بعده) — وبمجه عن « المحكمة العليا وتفسير العقود » المقدم إلى مؤتمر القانون المقارن =

أما ما يعتبر من الواقع في تفسير المقد ولا يخضع لرقابة محكمة النقض ، فهو هذه السلطة

== في برشلون سنة ١٩٥٦ (جوايات كلية حقوق تولوز سنة ١٩٥٦ م ص ٧١ وما بعدها) — واضر انكلويني دالوز (مدني) تحت كلمة « قض » بند ٧٠ وما بعده — ورسالة تالامون Talamon عن سلطة محكمة النقض في تفسير العقود (رسالة من باريس سنة ١٩٢٦) — ودی باج ٢ بند ٥٦٦ - و « النقض في المواد المدنية والتجارية » للأستاذين حامد فهمي ومحمد حامد فهمي فقرة ٢٩٩ وما بعدها] .

وقد قضت محكمة النقض بأن من حقها أن تصرف على محكمة الموضوع فيما تحليه من الأوصاف والتكليف القانوني لما تقتضيه في حكمها من الوقائع ، وذلك لتصرف ما إذا كان هذا التكليف قد جاء موافقاً لقانون أم مخالفاً له . فإذا ادعى بائع قطعة من الأرض لى زوجته بقصد تسجيل ضمن معين أقر بقبضه أن هذا البيع هو في الحقيقة وصية ، واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشتري ببيع له فيه الانقطاع بالعين المبيعة مدة حياته وتصريح فيه بأنه في حالة وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه . وتمسكت هي في دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بعد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة يتنازل لها فيه عن ريع الأرض المبيعة ، واعتبرت المحكمة هذا التنازل مكيفاً للمقد المتعلق بالملكية الوارد في إقرار المشتري ومتعمداً للمقد البيع بجميع أركانه زعماً بأنها بعد هذا التنازل تكون قد نقلت ملكية الرقبة والمنفعة معاً إلى المشتري ، فهذا الاعتبار لا يمكن حسابه تفسيراً للمقد المبيع ولا لإقرار المشتري أو تنازل البائع ، وإنما هو وصف وتكليف للمقد ، أغفلت المحكمة فيه عنصراً هاماً هو ما نص عليه في إقرار المشتري من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هي قبله ، ويكون لمحكمة النقض أن تصحح تكليف هذا المقد على موجب قيام هذا العنصر الذي لا خلاف على ثبوته ولا على دلالاته ، فتعتبره وصية لا يماً صحيحاً (قض مدني في ٢ مارس سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٠٨ م ١٩٢) — والملاحظ أن دخطان في تكليف المقد جهلاً أو عمداً ، والتعمد يكون لإخفاء غرض غير مشروع ، كزبا فحش يستتر تحت اسم إيجار أو بيع (استئناف وطني في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٥) ، وكرهن حيازة يستتر تحت اسم بيع وفاء في القانون المدني القديم ، وكشركة محاصة في الواقع فرض (استئناف مختلط في ٨ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ م ٣٠٦) ، وكبيع هو في الواقع تأمين لدين على البائع للمشتري (زقازيق استئناف في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٣ م ٣٠) ، وقد يوصف الصلح بأنه وكالة (استئناف وطني في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٥٢) — أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ م ٩٣ — وفي ١٠ مايو سنة ١٩٤٠ م ٣٦ م ٣٦٤ — وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٢٩٤ .

وكثيراً ما تستتر الوصية تحت اسم آخر ، كالبيع ، فلي محكمة الموضوع أن تدين لإرادة التصرف ، وأن تكليف هذه الإرادة التكليف القانوني الصحيح خاضعة في ذلك لرقابة محكمة النقض (أنظر نظرية المقد للمؤلف ص ٩٢٨ هامش رقم ١ وفيه إشارة لأحكام كثيرة للمحكمة استئناف مصر تكليف التصرف تارة بأنه وصية وطوراً بأنه بيع — ويضاف إلى هذه الأحكام ما يأتي : استئناف مصر في ٢٧ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٣ م ٤٨ — وفي ٢١ مايو ١٩٣٥ المحاماة ١٦ م ٣٠١ — وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٥ م ١١٢ — وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٩ م ١١٧٨ — وفي ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ١٥٩ م ١١٨١ — وفي ==

التصديرة التي للقاضي في الكشف عن إرادة المتعاقدين واستخلاصها من الوقائع الثابتة

= ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحلقة ١٨ رقم ٣٥٩ ص ٧٢٧ — وفي ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ المحلقة ١٩ رقم ١٦٢ ص ٣٧٣ — وفي ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ المحلقة ١٩ رقم ٥٣٢ ص ١٤٢٤ .

وتنحصر محكمة النقض هذه التصرفات لرفاتها تارة عن استظهار نية التصرف وهي مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض تشترط في استظهار النية كما رأينا أن تكون الوقائع التي استخلصت منها هذه النية قائمة على مصادر موجودة غير متناقضة ومؤدية إلى النتيجة التي قررتها في حكمها (قض مدني في ٢٥ مايو سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ ص ٢٢٧) ، ونية للتصرف تقوم عليها علامات كثيرة كاستمرار وضع يد البائع على العين واستغلالها إلى حين وفاته وكفقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد وكعدم تسجيل العقد واستمرار قيام البائع بدفع الأموال الأميرية أو العوائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته (استئناف مصر في ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحلقة ٢٢ رقم ٢٢٩ ص ٦٦٤) — وطوراً عن طريق إخضاع التكليف القانوني للتصرف لرفاتها ، وقد رأينا في الحكم السابق ذكره الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٣٣ أنها كيفت التصرف وصية لا بيعاً ، وفي حكم آخر كيفته هبة لا وصية ، فقضت بأنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود المختلف على معناها بحسب ما تراه أدنى إلى نية المتعاقدين ، مستينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها ، إلا أنه إذا أدى هذا التفسير إلى إعطاء العقد وصفاً قانونياً خاطئاً ، فإن حكمها في ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض التي يجب عليها في هذه الحالة تصحيح ما وقع من الخطأ ، فإذا صدر عقد من شخص إلى خفيده يبيع قطعة من الأرض له ، نس فيه على أن البائع باع تلك الأطلان لخفيده بيعاً طليعاً لا رجوع فيه وتزل له عنها في مقابل ثمن قدره كذا قبضه من المشتري ، وأنه سلم الأطلان للمشتري لكي يضع يده عليها ويزرعها ويبيع محصولاتها الخاصة بنفسه إلى غير ذلك ، وسجل هذا العقد تسجيلاً تاماً ، واستمر البائع واهناً يده على الأطلان ، ثم تنازع مع المشتري على ملكيتها ، ودفع لدى القضاء بأن هذا العقد وصية وأنه سبق أن أخذ ورقة ضد من المشتري مقتضاها أن تبقى الأطلان تحت يده هو يستغلها حين وفاته ولكن هذه الورقة ضاعت منه ، إذا حصل ذلك وحكمت محكمة الموضوع باعتبار هذا العقد وصية بناء على ما بان لها من الظروف التي لا يستلزم تحرير العقد وحالة البائع وظرف المشتري ومركزه بالنسبة للبائع وبقاء العين تحت يد صاحبها ، كان حكمها خاطئاً في تطبيق القانون ووجب على محكمة النقض تصحيحه باعتبار هذا العقد عقد ترع بمنجز أي هبة مستترة في صورة بيع ، فهي هبة صحيحة (قض مدني في ٢ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٥٣ ص ١١٨) .

وقد كان تكليف التصرف على أنه وصية أو هبة أو بيع في القانون المدني القديم أمراً عمياً (انظر إلى ما جاء في ذلك من القواعد نظرية العقد المؤلف من ٩٧٨ في آخر المحلقة رقم ١ وتجدر الأحكام مشاراً إليها في أسفل ص ٩٣٢ — ٩٣٣) . وتضمن التقنين الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧ وتقتضي بأنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بمجازاة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يتم دليل يخالف ذلك » . ويرر مسلك التقنين الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة ، مما يؤدي في الغالب إلى تقيد التصرف ، أن باعث القضاء على التماس في تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجع جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية ==

== كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيلاء لوارث ، فكان القضاء يبالغ بهذا التساهل عيياً في القانون ليصح وصايا لها ما يبررها في ظروف الأسرة تحت ستار أنها يبيع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل الشرع المصري من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث نيا لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث ، فلم يعد هناك مقتضى التسمية التصرفات بنحو أسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة لوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة .

وقد كانت عكمة النقض ، قبل التقنين المدني الجديد ، تجعل احتفاظ المتصرف بمجازة العين لا يحق في الانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية — قبل أن تصبح في للتقنين الجديد قرينة قانونية — لاسيما إذا اقترن ذلك بإشترط عدم تصرف المشتري في الرقبة طول حياة البائع : انظر في هذا المعنى نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ س ٤٤٥ — وفي ١١ مارس سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ — وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ — وفي ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة المحكمة السنة الأولى رقم ٥ ص ١٧ — ومع ذلك انظر : نقض مدني في ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧ — وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤ (إقرار أثنى شرط المنع من التصرف) — وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ — وفي ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ — وفي ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٩ ص ٧١٠ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة المحكمة السنة الأولى رقم ٤٤ ص ١٥٢ — كذلك قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل العقد قرينة على أنه وصية (نقض مدني في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ — وفي ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ — وفي ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ — وفي أول أبريل سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ص ١٠٧ — وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٨٣ ص ٢٣١ — وفي ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤ — وفي ٢ مارس سنة ١٩٥٠ بمجموعة المحكمة السنة الأولى رقم ٧٦ ص ٢٨٩ . ومع ذلك انظر : نقض مدني في ١٨ أبريل سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤١٣ ص ٧٦٤ — وانظر في أن تنازل البائث عن ورقة الضد يدل على تجيز العقد : نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ بمجموعة المحكمة (١) رقم ٩١ ص ٣٦٢ ، وفي أن تسليم البائث العقد للمشتري وتحليله من المجازة له قبل الوفاة (حتى لو ثبت أن العقد لم يسجل وأن ثمتاً لم يدرج) يدل على التجيز وعلى نقل المورث عن فكرة الرجوع في التصرف : نقض مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤ — وفي ١٦ مارس سنة ١٩٥٠ بمجموعة المحكمة (١) رقم ٩٠ ص ٣٥٨ ، وفي أن التصرف يعتبر وصية إذا كان البائث قد أصدر عقد البيع منفرداً ولم يقبض ثمتاً ولم يسلم العقد للمشتري بل احتفظ به طوال حياته : نقض مدني في ٩ مارس سنة ١٩٥٠ بمجموعة المحكمة (١) رقم ٨٦ ص ٣٤٠ ، وانظر في المجبة بوضوح سافرة : نقض مدني في ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٨٧ ص ١٧٨ ، وفي المجبات المستترة في صورة سندات : نقض مدني في ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٦٢ ص ٢١٠ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ — وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢ — وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧ .

ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أقامها التقنين الجديد — وهي احتفاظ المورث بالمجازة وبمقتضى

أمامه في الدعوى^(١) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٢) .

== في الانتفاع مدى حياته — هي الشيء الثابت في هذه المسألة . وهي قرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن في هذا المعنى ، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بميزة العين عن طريق أن المشتري قاصر وأن البائع باشر الميزة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التي تعارض قرينة أن التصرف وصية . [وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأنه لا مخالفة للقانون في القضاء باعتبار المقد يماً رغم احتفاظ البائع بحق الانتفاع لمدة حياته ، متى كان الحكم قد استظهر في تفسيره للمقد انتهاء مظنة إضافة التصرف إلى ما بعد موت البائع من وجود نص في المقد يلزم البائع بتحرير المقد النهائي في ميعاد محدد وإلا كان للمشتري رفع دعوى بإثبات صحة ذلك المقد (قضى مدني ٢٥ يناير ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٩ س ١٢٧)] .

والذي يستلزم أن يقرره هنا هو أن لمحكمة النقض رقابة تامة على التكييف القانوني للمقد . وقد قضت بأن تخليك كل من الزوجين الآخر ماله بعد وفاته هو تبادل منفعة ملحق على الخطر والضرر ، ولا غرض منه سوى حرمان وريثة كل منهما من حقوق الشرعية في الميراث ، وهو من قبيل الرقي المحرمة شرعاً (قضى مدني في ١٤ يونيو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ س ٤٩٩ — وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام في التركة المستقبليةقرة ٢١٧) . وقضت أيضاً بأن المقد الذي يزيد فيه ما يدفع من الثمن قدماً عما يدفع منه عتياً هو بيع لا مقايضة ، فتكييف محكمة الموضوع المقد على هذا النحو لا غبار عليه (قضى مدني في ٣٠ مايو ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ س ٨١٤) .

[أنظر في تكييف المقد بأنه ليس رهناً تجارياً بل هو عقد من نوع خاص : قضى مدني ٢١ مايو ١٩٥٣ (حكان) : مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦١ س ١٠٢٨ ورقم ١٦٢ س ١٠٣٧ — وفي تكييفه بأنه بيع قطن وليس رهناً تجارياً : قضى مدني ٢١ مايو ١٩٥٣ — مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٦ س ١٠٦١ — وفي تكييفه بأنه عقد من نوع خاص وليس وكالة بالعمولة أو رهناً تجارياً : قضى مدني ٢٥ يونيو ١٩٥٣ — مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩١ س ١١٩٣ — وفي تكييفه بأنه عقد بدل لا عقد قسمة : قضى مدني ٧ يونيو ١٩٥١ — مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ س ٩٢٤] .

(١) [يبدان ج ٨ بند ٣٠٠ وأحكام النقض الرئيسية التي أشار إليها]

(٢) وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في أحكام كثيرة . من ذلك ما قضت به من أن استظهار نيّة المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائهما مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه ، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن العاقدین قصداً به أن يكون البيع تاماً متجزئاً بشرط جزائي ، ولم يقصداً أن يكون بيعاً بمريون أو بيعاً مطلقاً على شرط فاسخ (قضى مدني في ٥ يناير ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ س ١٦٣) . وقضت كذلك بأن تفسير العقود هو من شؤون محكمة الموضوع ، فلها أن تقرر مضاعفاً على أي وجه تراه مفهوماً من صيغتها وتعتبره متفقاً مع قصد المتعاقدين ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك مادامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي تأخذ به (قضى مدني في ٢ فبراير ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٥ س ١٧١) . وقضت أيضاً بأن استظهار نيّة التصرف مسألة موضوعية لا تدخل فيها لمحكمة النقض مادامت الوقائع التي سرفت المحكمة في حكمها والظروف التي بسطتها فيه تؤدي إلى النتيجة القانونية التي قررتها (قضى مدني في ٢٥ مايو ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ==

== ١٢٦ (س. ٢٧٧) . وقضت بأن لقاضى الموضوع السلطة الثامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديماً صحيحاً ، وفي موازنة بعضها البعض الآخر ، وترجيح ما تطلب منه لك ترجيحه منها ، واستخلاص ما يرى أنه هو الواقعة الدعوى دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه في ذلك ولو أخطأ في قصر الأمر ، لأن خطئه لا يكون في فهم الواقع في الدعوى لا في فهم حكم القانون في هذا الواقع ، ومحكمة النقض لا تلتزم إلا في مسائل القانون . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هي أن يثبت القاضى مصدرراً للواقعة التي يستخلصها يكون وهمياً لا وجود له ، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو (نقض مدنى أول مارس ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ س ٣٢٨) . وقضت أنه بحسب قاضى الموضوع أن يبين الحقيقة التي ائتمن بها وأن يذكر دليلها ، وما عليه أن يتبع المحصور في مناحي أقوالهم ويختلف حججهم وطلباتهم ويرد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه في مرافعتهم ، مادام الحقيقة التي ائتمن بها وأورد دليلها فيه التليل الضئى المسقط لتلك الأثوال والمجيج والطلبات (نقض مدنى في ٣١ مايو ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٨٩ س ٤١٤) .

انظر أيضاً في هذا المعنى أحكاماً كثيرة نذكر منها : نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ١ رقم ٧٢ س ١٤٢ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١١٩ س ٢٠٥ - وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٥٥ س ٢٩١ - وفي ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٦٧ س ٣٢٧ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ٢١٥ س ٥٢٠ - وفي ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٣٨ س ٦٤٦ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ٨٣ س ٢٤٠ - وفي ١١ يناير سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ س ٥١ - وفي ٢١ مارس سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٤٦ س ١٤٠ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٥٢ س ١٧٧ - وفي ٦ يونية سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٦٦ س ٢٣١ - وفي ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٧٢ س ٢٥٩ - وفي ٢ يناير سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ س ٢٩٤ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٣٠ س ٣٩٣ - وفي ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ س ٤٨٨ - وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٨ س ٥٨ - وفي ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٥٧ س ١٥٤ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩٤ س ٢٥١ - وفي ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩٧ س ٢٥٦ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩٩ س ٢٦٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٠٦ س ٢٧٤ - وفي ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٧ س ٥٦٧ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ س ٦٨٠ . [وفي ٦ يناير ١٩٥٥ - بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٥٤ س ٤٤٣ - وفي ٢٦/٤/١٩٥٦ - بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٥ س ٥٤٥ - وفي ١٣/٦/١٩٥٧ - بمجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٤ س ٥٧٦ - وفي ٢٣/٦/١٩٦٠ - بمجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٨ س ٤٣٢] .

هذا وملاحظ أن نصير إرادة المتقاضين لا يكون مسألة موضوعة إذا أخذنا بنظرية الإرادة الظاهرة ، فإن نصير هذه الإرادة يكون إذن مسألة قانونية كتفسير نصوص القانون ذاته ، ويكون التفسير في هذه الحالة خاضعاً لرقابة محكمة النقض (نظرية المقدد المؤلف من ٩٢٧ هامش رقم ٢) .

٣٨٩ — **ما روت التفسير الثموت** : رأينا أن التقيين المدني الجديد نظر إلى حالات ثلاث في تفسير العقد ، ووضع لكل حالة قاعدة قانونية ملزمة . فإذا كانت عبارة العقد واضحة لم يحز الانحراف عن المعنى الظاهر . أما إذا كانت غير واضحة فيجب تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين . فإذا قام شك في تبين هذه الإرادة فسر الشك لمصلحة الملزم في غير عقود الإذعان .

ونبحث الآن بالتفصيل كلا من هذه الحالات الثلاث .

§ ١ — عبارة العقد واضحة

٣٩٠ — **القاعدة التي تنص في التفسير** : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تنص بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . وهذا النص ليس إلا تقييماً لقضاء محكمة النقض عندنا . فإن هذه المحكمة ، وقد جرت في ذلك على نهج محكمة النقض الفرنسية ، تفرق في المقديين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة . وتطلق سلطان قاضي الموضوع في تفسير الشروط الغامضة ليستخلص منها إرادة المتعاقدين على الوجه الذي يؤدي إليه اجتهاده . أما بالنسبة إلى الشروط الظاهرة فلا تجيز محكمة النقض لقاضي الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر . ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسحاً وتشوهاً مما يوجب نقض الحكم^(١) .

(١) [ومن صور الانحراف عن المعنى الظاهر والمعتبر مسحاً للعقد ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا كان المدلول الظاهر للاتفاق هو التزام الطاعن باستغلال سينا لحساب المعلوم عليه إلى أن يجد أحدهما خلال أجل محدد مستغلاً لها فيلتزم الطاعن عندئذ بدفع نصف الأيجار الذي يقدمه المستغل الجديد فإن مؤدى ذلك أن هذا الالتزام مقيد بشرط وجود هذا المستغل خلال الأجل المتفق عليه بحيث ينتهي بإقضاء ذلك الأجل ، وإن فني كان الحكم المعلوم فيه قد أسس قضاءه بالزام الطاعن بنصف الأيجار عن المدة التالية لانتهاء الأجل لاستناداً إلى عقد الاتفاق سالف الذكر يكون قد انحرف في تفسير الاتفاق عن المعنى الظاهر له ومسحه مما يستوجب نقضه (قضى مدني في ١٩٦١/٥/٤ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٤ ص ٤٤٤) . وما قضت به في حكم آخر من أنه إذا كان قد نس في العقد على أن اليم خاضع لشرط بورصة =

٣٩١ - العبارة الواضحة قد تكون محمّلة للتفسير : ولا يفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها . بل إن القاضى قد يجد نفسه فى حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة ، مهما بلغ وضوحها ، وسلس معناها ، وارتفع عنها اللبس والإبهام ، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة . فقد تكون العبارة فى ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير الواضح ، قصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح فى معنى آخر^(١) . فى هذه الحالة لا يأخذ القاضى بالمعنى الواضح للفظ ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان . وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح ، بل وينصرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يسخفه أو يشوّهه^(٢) . ولكن لا يجوز للقاضى أن يفعل ذلك إلا بشرطين :

(الشرط الأول) هو أن يفرض بادىء الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان ، فلا ينصرف عنه إلى غيره من المعانى إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك^(٣) .

== مينا البصل ، وهو نص عام مطلق يحكم جميع شروط التعاقد بما فى ذلك تحديد السعر فإن تفسير الحكم المطعون فيه لهذا النص بأنه قاصر على الميول التجارية ينطوى على مسخ للعقد (تقضى مدنى فى ١٩٦٢/٢/١ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٢٣ ص ١٤٨) كما قضت بأن عدم إعمال نص فى العقد يعتبر مسخا له يعيب الحكم (تقضى مدنى ١٩٦١/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥ ص ٦٠) .

وانظر أيضاً فى هذا المعنى : تقضى مدنى ١٩٥٢/٤/١٠ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٢٩ ص ٨٨٩ وتقضى مدنى ١٩٦٢/٢/١٥ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٨ ص ٢٤٦] .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن الأمر قد يحتاج إلى التفسير رغم وضوح العبارة كما لو وجدنا فى العقد عبارتان كل منهما واضحة ولكن بينهما من التناقض ما يقتضى التفسير (تقضى عرائش ٦ فبراير ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥ - ١ - ١١٦ - ريرتوار دالوز الحديث تحت كلمة (عقود) بند ٩٤] .

(٢) [فإذا مسح القاضى العقد خضع حكمه لرقابة النقض : يبدان ٨ ص ٢١٧ نهاية الفقرة ٣٠١ - وقرة ٣٠٢ - وتقضى فرنسى ١٩ يناير ١٩٤٢ دالوز الأسبوعى ١٩٤٢ - ١٠٧ ، وتقضى فرنسى ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ دالوز الانتقضى ١٩٤٤ - ١١٢ وتقضى ٢ ديسمبر ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٨ - ٥ - وريرتوار دالوز الحديث تحت كلمة (عقود) بند ٩٣] .

(٣) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا أخذت محكمة الموضوع بما تخديه ظاهراً عبارات ==

(والشرط الثاني) هو أنه إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعاني لقيام أسباب تبرر ذلك ، وجب عليه أن يبين في حكمه هذه الأسباب . وفي هذا تقول محكمة النقض : « لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هي أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملاساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذي اقتصمت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها . فإن قصر حكمها في ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يجب قانوناً أن يبنى عليها » (١) .

== عقد الاتفاق ، فاتها بذلك تكون قد ألزمت حدود القانون في شأن تفسير العقود ، ولا يسوغ للمعنى عليها بأنها لم تعدل عن المعنى الظاهر إلى سواء مادام لم يوجد مسوغ للمدول ولم تستن المحكمة أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى معنى آخر خلافه : قضى مدني في ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ بمجموعة أحكام النقض رقم ١٠٨ ص ٨٢٤] .

(١) قضى مدني في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٤١ ص ٨٣ [وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم إذا لم يبد أسباباً سائفة لخروجه على ظاهر مدلول الشرط التي تضمنه العقد يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه (قضى مدني ١٩٥١/٥/٣١ بمجموعة أحكام النقض رقم ٢ ص ١٤١ من ٨٨٨)] - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في فهم نصوص العقد وما قصده العاقدان منها دون أن تتقيد بألفاظها ، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها في ذلك ما دامت قد بينت في أسباب حكمها وجهة نظرها وما دعاها إلى الأخذ بما أخذت به في قضائها ، ولذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد ، وما هي الظروف والملاسات التي رجحت عندها ما ذهبت إليه (قضى مدني في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص ٨٤) . وقضت أيضاً بأنه مما يقل بأن المحكمة أن تعدل عن المعنى الظاهر للعقد إلى ما تراه هي أنه مقصود المتعاقدين ، فلا شك في أنه يكون عليها إذا ما رأت أن تأخذ بشير ظاهر العقد أن تبين في حكمها لم عدلت عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت صيغته المعنى الذي أخذت به ورجحت أنه مقصود المتعاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد اعتمدت في تأويلها لراه على اعتبارات مقبولة يصح معها استخلاص ما استخلصته منها . فإذا هي لم تفعل كان حكمها معيباً بقصور أسبابه (قضى مدني في ٣ يناير سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨ ص ٣٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا لم تأخذ المحكمة بظاهر مدلول عبارة وردت في ورقة من أوراق الدعوى ، وأوردت في أسباب حكمها الاعتبارات التي ==

٣٩٢ - رقابة محكمة النقض في تفسير العبارات الواضحة : ويتبين مما قدمناه أن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم . فإذا التزمت محكمة الموضوع للمعنى الواضح للفظ الظاهر لم تكن في حاجة إلى تسييب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح وهو الذي يعبر عن مقصود

== دعيتها إلى ذلك ، وكانت هذه الاعتبارات مقبولة عقلاً ، فلا يصح النعي على حكمها أنها مسخت الورقة التي تصدرت لتفسيرها أو أنها حرقت مضالها (نفس مدني في ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤) .

انظر أيضاً في هذا المعنى : نفس مدني في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٩ ص ١٦١ وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٩ ص ٢٨٣ - وفي ٥ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠ - وفي ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٥ ص ١١٥٥ - [وفي ١٠ أبريل ١٩٥٢ - مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٢٩ ص ٨٨٩ - وفي ٢٤ يناير ١٩٥٧ - مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١ ص ٩٨ - وفي ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ - مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٦ ص ٨٠٨] - انظر كذلك « النقض في المواد المدنية والتجارية » لحامد فهمي ومحمد حميد فهمي فقرة ١٠٢ والأحكام المشار إليها فيه ، وانظر فقرة ١٠٣ وقرة ١٠٤ من ذلك الكتاب في نقد قضاء محكمة النقض المصرية والفرنسية في هذه المسألة وإلى رأى خاص لمؤلفي ذلك الكتاب .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية هذا المذهب في أحكامها ، وعنها أخذت محكمة النقض المصرية كما سلفت الإشارة : انظر نفس فرنسي في ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ١٧٦ - وفي أول يوليو سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢١٧ - وفي ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦ - ١ - ٤٦٩ - وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ١٠٤ - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٢٦٧ - وفي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٧ - ١ - ١٢٧ - وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٧٩ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ١٦٦ - وفي أول يولية سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٨٦ - وفي ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣٠ - ١ - ٣٦٥ - وانظر في تحليل قضاء محكمة النقض الفرنسية واليهود الثلاثة التي مر بها هذا القضاء : كتاب « النقض في المواد المدنية والتجارية » لحامد فهمي والدكتور محمد حميد فهمي فقرة ٨٩ - فقرة ١٠١ .

هذا ولعل فيما قدمناه من جواز تفسير العبارة الواضحة رداً على ما استدركه الدكتور أبو طافية (في رسالته في التصرف المجرد نسخة عربية ص ٢٨٤ هامش رقم ٨) على التقنين المدني الجديد ، فقد ذهب إلى أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تمنع من تفسير العبارة الواضحة للعقد . وقد رأينا أن هذا النص في التقنين الجديد لم يقصد به إلا تقنين قضاء محكمة النقض في هذه المسألة ، وليس يمنع من تفسير العبارة الواضحة بالشرطين اللذين بيناهما .

المقادير^(١) . أما إذا عدلت عن هذا المعنى الواضح إلى معنى آخر تعتبر أنه هو الذى قصد إليه المتعاقدان ، وجب عليها أن تبين فى أسباب الحكم لم كان هذا العدول . ومحكمة النقض تراقب الأسباب ، فإن اقتنعت بأن العدول قد قام على اعتبارات تسوغه سلم الحكم من النقض ، وإلا نقض لقصور التسيب^(٢) .

ويبدو أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل أيضاً فى رقابة محكمة النقض ، وإلا جاز للقاضى أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها عن معناها الظاهر دون أن يذكر الأسباب التى تبرر ذلك ، بل يكتفى بتقرير أن العبارة غامضة ، وأن المعنى الذى استخلصه هو مقصود المتعاقدين ، وأن هذا وذاك يدخل فى سلطان تقديره للموضوعى دون تعقيب عليه من محكمة النقض .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد التزم فى تفسيره للشرط (المتنازع عليه فى العقد) المعنى الظاهر لعبارته وضمن أسبابه أن هذا المعنى هو ما قصده المتعاقدان ، فلا يكون مطالباً بجد ذلك بإيراد أسباب أخرى لتبرير أخذه بالمعنى الظاهر ، لأن اقتضاء الأسباب محله أن تكون المحكمة قد عدلت عن هذا المعنى الظاهر إلى معنى آخر فيكون عليها عندئذ أن تبين علة هذا العدول (نقض مدنى ١٩٦٢/٢/١٥ بمجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٤٠ من ٢٥٩)] .

[وقضت بأنه متى كانت عبارات العقد تحتل المعنى الذى حصلته محكمة الموضوع منها فلا رقابة لمحكمة النقض عليها وأنه إذا كان الحكم قد اعتمد فيما استخلصه من العقد على المعنى الظاهر له وبين الاعتبارات المعقولة المؤدية إلى ما ذهب إليه فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شاب قصور (نقض مدنى ١٩٦٢/٥/٣١ بمجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٠ من ٧٣٤)] .

[وأنه إذا كان الحكم الملغون فيه قد استخلص أن نية اللورث قد اضرت إلى الإيصاء لا إلى البيع وكان هذا الاستخلاص سائماً فإن ما يثيره الطاعن و شأن هذا التفسير يكون جدلاً موضوعياً (نقض مدنى ١٩٦٢/٦/٢١ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٢٣ من ٨٢٤)] .

[وفى نفس المعنى : نقض مدنى ١٩٦١/١٢/٢٠ بمجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٤ من ٧٩٦] .

(٢) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « ويلاحظ أخيراً أن القاضى ينبغي أن يلجأ إلى الوسائل المادية دون غيرها لاستخلاص لإرادة المتعاقدين القاتية ، سواء أ كان هناك علة لتفسير العقد أم لا . فليس للقاضى المدنى ما يتمتع به القاضى الجنائى من حرية فى تكوين عقيدته . وغنى عن البيان أن مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض — أنظر قضاء هذه المحكمة فيما يتعلق بقصور الأسباب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٩٧ فقرة ٣) .

٣٩٣ — هل يؤخذ بالمعنى الظاهر للفظ الواضح أخذ بالإرادة الظاهرة : وبعد أن بسطنا القاعدة في تفسير العبارة الواضحة للعقد ، يحق لنا أن نسأل : مادام القاضى لا ينحرف عن المعنى الظاهر للفظ الواضح ، وقد ألزمه القانون ذلك بصريح النص ^(١) ، فهل لنا أن نفهم أن القانون قد أخذ في هذه الحالة بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، مادام لا يميز الانحراف عن الأولى ؟

إن الإطلاق الذى رأيناه في نص القانون قد تقيد بما قدمناه من أن القاضى له أن يعدل عن المعنى الظاهر للفظ الواضح إلى معنى آخر يقتنع بأنه هو المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان ، مادام يورد الأسباب المقولة التى تبرر ذلك . ويستخلص من هذا أن القاضى لا يأخذ في العبارة الواضحة بالإرادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الإرادة هى ذات الإرادة الباطنة . فإذا قام دليل على أن هناك تبايناً ما بين الإرادتين ، وجب عليه أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة مع ذكر هذا الدليل في أسباب الحكم . ومن ذلك نرى أن التقنين المدنى الجديد — وقد نهج في هذا نهج محكمة النقض كما قدمنا — لم يأخذ بالإرادة الظاهرة الافتراضاً أنها هى ذاتها الإرادة الباطنة . فالإرادة الظاهرة عنده هى الدليل على الإرادة الباطنة ، ولكنها دليل يقبل إثبات العكس ، ومتى ثبت العكس فالمعبرة بالإرادة الباطنة .

٢ § — عبارة العقد غير واضحة

٣٩٤ — البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين : تقول الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ :

(١) وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تأييداً لذلك ما يأتى : « لا ريب أن إرادة المتعاقدين هى مرجع ما يرتب التعاقد من آثار . بيد أن هذه الإرادة ، وهى ذاتية بطبيعتها ، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية ، هى عبارة العقد ذاتها . فإذا كانت هذه العبارة واضحة ، لزم أن تصير صادقة عن إرادة المتعاقدين المشتركة ، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراداه المتعاقدان حقيقة من طريق التفسير أو التأويل . تلك قاعدة يقتضى استقرار التعامل حرصاً بالناً في مراعاتها » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٢٩٦ فقرة ١) .

« أما إذا كان هناك محل لتفسير المقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ » .

أما أنه لا يجوز الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ فواضح . وإذا كنا لا نقف عند هذا المعنى وعبرة المقد واضحة كما رأينا ، فأولى بنا ألا نقف عنده وعبرة المقد غير واضحة ، لا تنصرف إلى معنى واحد ظاهر ، بل تحتل أكثر من معنى . وأما أن العبرة إنما تكون بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لا بالإرادة الفردية لكل منهما ، فهذا واضح أيضاً ، لأن الإرادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدان ، فهي التي يؤخذ بها ، دون اعتداد بما لأى متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق مع المتعاقد الآخر فيها^(١) .

ولكن أين نجد هذه الإرادة المشتركة ، أو النية المشتركة ؟ تشعبت الآراء في ذلك . فن الفقهاء من يرى أن هذه النية المشتركة التي تكون محلاً للتفسير لا يمكن إلا أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا المقد . ذلك أن التفسير لا يكون إلا في المقد الصحيح كما قدمنا ، وما دام المقد صحيحاً فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا المقد مطابقة للإرادة الباطنة ، وإلا لداخل المقد عيب من عيوب الإرادة ولما كان صحيحاً . فلا يجوز إذن أن يكون تفسير العقد وسيلة لتفليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ، وإنما يكون التفسير وسيلة لاستخلاص الإرادة الباطنة من الإرادة الظاهرة ، فالإرادة الظاهرة وحدها هي التي تكون محلاً للتفسير على أساس أنها مطابقة للإرادة الباطنة^(٢) . ويؤخذ على هذا الرأي أن يفترض عند تفسير المقد أن تكون الإرادة

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وإذا كانت عبارة المقد غير واضحة أو مبهمه بحيث تحتل في جزئياتها أو في مجملها أكثر من معنى ، تبين الالتجاء إلى التفسير . والجزم في هذا هو كشف الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لا الإرادة الفردية لكل منهما » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ — ص ٢٩٧) .

(٢) ويقول الدكتور محمود أبو غافية في هذا المعنى ، بعد أن ينسب على الفقهاء الفرنسي والمصري الخلط بين صحة الصفات القانونية وتفسيرها ، ما يأتي : « وهذا خطأ ينبغي تجنب استبعاده بفصل هاتين المسألتين إحداهما عن الأخرى للسبب السابق ذكره ، وهو أن تحديد أثر التصرف مسألة لا توضح إلا بعد =

الظاهرة مطابقة حتماً للإرادة الباطنة . وهذا إن صح في الكثرة النالبة من الأحوال ، إلا أنه يقع أحياناً أن يكون المتعاقدان قد قصداً أمراً اتفقا عليه ، ولكن عبراً عنه تمييزاً غير دقيق ، فتتصرف هنا الإرادة الظاهرة المشتركة عن الإرادة الباطنة المشتركة ، ولا تكون في هذا الغرض في منطقة صحة العقد ، فالعقد صحيح والمتعاقدان متوافقان تمام التوافق على أمر واحد . وإنما تكون في منطقة تفسير العقد ، مع ما بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من تباين . والواجب في هذه الحالة عدم الاعتداد بالإرادة الظاهرة ، فلا تكون هي محل التفسير ، بل يجب نبذها والبحث عن الإرادة الباطنة في تفسير العقد ، ومن ثم يكون الرأي الذي يذهب إلى وجوب اعتبار الإرادة الظاهرة عند تفسير العقد مطابقة حتماً للإرادة الباطنة ، وجعل الإرادة الظاهرة على هذا الأساس هي دائماً محل التفسير ، رايًا فيه إطلاقاً يحذر تقييده . والصحيح أن يقال إن الإرادة الظاهرة هي التي تعبر في المادة عن الإرادة الباطنة ، والمفروض عند تفسير العقد أن الإرادتين متحدتان ، فيكون الأصل أن الإرادة الظاهرة هي محل التفسير ، ما لم يقدّم الدليل على أن الإرادة الظاهرة لا تعبر تمييزاً دقيقاً عن الإرادة الباطنة ، وأن بين الإرادتين تبايناً ، فتكون العبارة في هذه الحالة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة ، وتكون الأولى لا الثانية هي محل التفسير .

ومن الفقهاء من يرى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل في الإيجاب الموجه من الموجب

التسليم بصحته ، وصحة التصرف تفترض بدورها اتفاق الإرادة للنية مع الإرادة الحقيقية ، فلا معنى إذن لإعمال الإرادة الملتزمة بحجة الأخذ بالإرادة الحقيقية ، بل يجب التقيد بمضمون الإرادة الملتزمة . . . يجب إذن فصل المنطقة التي يعمل فيها مبدأ اتفاق الإرادة الملتزمة مع الإرادة الحقيقية كشرط لصحة التصرف عن منطقة المبدأ المطلق بتحديد أثر التصرف . والنتيجة التي تترتب على ذلك هي أنه مادام التعبير عن الإرادة صحيحاً فتفسيره لتحديد أثره لا يجوز أن يكون وسيلة لتزليل الإرادة الحقيقية على الإرادة الملتزمة ، وإنما وسيلة لاستخلاص الإرادة الحقيقية من صيغة التعبير . ولا نزاع في أن للقاضي عندئذ أن يصرف النظر عن المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة ليهم فقط بمعناها المقصود في الحقيقة والذي يبين من مجموع الظروف الخارجية التي لا يستلزم التعبير . ولكن القاضي عندما يفعل ذلك لا يغفل التعبير عن الإرادة وإنما يفسره » (التصرف المجرد : نسخة عربية ص ٢٨٣ — ص ٢٨٤) .

انظر أيضاً في تحديد منطقة كل من التلطف والتفسير ولكن مع جعل الإرادة الباطنة أساساً لكل منهما الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ١٨٦ .

إلى الطرف الآخر ، مفهومًا على النحو الذى أخذ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به^(١). فالإيجاب يصدر من الموجب ، ويتلقاه الطرف الآخر ، ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين . فهذا الفهم الحاصل فعلاً أو المستطاع تحصيله هو الذى تقف عنده لأنه هو القدر المتيقن الذى تلاقى عنده المتعاقدان . وعيب هذا رأى أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائى يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير . ولكن الذى يقع فى العمل غير ذلك . فالمتعاقدان يتفاوضان ، ويقساومان ، ويقبادلان تعبيرات غير نهائية ، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيانه معاً ، ولسنا نعلم من منهما صاحبه ، فهو ثمرة مفاوضات دارت بينهما ، ولكل منهما نصيبه فيه .

ويذهب سالى (Saleilles) إلى أن الإرادة المشتركة للمتاعدين هى هذه الإرادة القانونية التى يجمع القاضى عندها إرادة كل من المتاعدين ، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين ، دون أن يضحي إحداهما لمصلحة الأخرى . وظاهر أن هذا رأى يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتاعدين إرادة ليست لها ، بل هى إرادة من صنع القاضى ، هو الذى يقوم بنسج خيوطها ثم يفرضها عليهما فرضاً^(٢) .

ونحن نؤثر ألا نتجاز رأى من هذه الآراء ، وأن نستبقى للسألة بساطتها الأولى . فنقول إن الأمر لا يبدو أن يكون هناك مظهر خارجى للتعبير عن إرادة مشتركة للمتاعدين ، أى إرادة ظاهرة الفروض فيها أنها تكشف عن إرادة باطنة . فإذا لم يقد دليل على غير ذلك ، وجب أن نستخلص الإرادة الحقيقية للمتاعدين . — وهى النية المشتركة التى نبعث عنها — من هذه الإرادة الظاهرة عن طريق معايير نستهدى بها ، هى التى تتولى الآن الكلام فيها .

(١) انظر فى هذا المعنى الدكتور الشيق فى رسالته فى « تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد » ص ٥٨ .

(٢) سالى : فى الالتزامات فى القانون الألمانى (المادة ١٥٧ ص ٢٢٨ وما بعدها) — وانظر انتقاد الدكتور الشيق لرأى سالى فى رسالته فى « تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد » ص ٥٥ حاشية رقم ٢٣ .

٣٩٥ — العوامل التي يستهدى بها القاضى للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين :

ويستهدى القاضى للكشف عن هذه النية المشتركة بموامل مختلفة ذكر التقنين الجديد بعضاً منها لأهميتها . فهو يستهدى « بطبيعة التعامل ، وبما ينبئ أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » (م ١٥٠ فقرة ٢) . وغنى عن البيان أن التقنين الجديد لم يذكر ما ذكر من هذه العوامل على سبيل الحصر . فإلى جانب ما ذكر توجد عوامل أخرى لم يذكرها ويصح أن يستهدى بها القاضى .

ويمكن بوجه عام أن نميز بين عوامل يفسر بها القاضى عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسبها بالموامل الداخلية ، وأخرى يفسر بها العقد وهى خارجية عنه ونسبها بالموامل الخارجية . والكثرة الغالبة من هذه الموامل هى عوامل موضوعية لأعوامل ذاتية ، يطمئن إليها القاضى فى تفسير العقد التماساً لاستقرار التعامل . إذ هو يستدل على النية المشتركة للمتعاقدين — وهذه مسألة نفسية خفية — بموامل مادية ظاهرة . وتشكل فى كل من الموامل الداخلية والموامل الخارجية .

٣٩٦ — العوامل الدافعية فى تفسير العقد : ذكر القانون منها طبيعة التعامل

وما ينبئ أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، ونضيف إلى هذين قواعد أخرى يستأنس بها القاضى فى تفسير العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ، ذكرها التقنين المدنى الفرنسى لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد . من ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد ، فتحصل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م ١١٥٧ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً (م ١١٦١ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أخيراً أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدنى فرنسى) . ونقول كلمة موجزة فى كل من هذه الموامل .

فالعقد يفسر بحسب طبيعة التعامل ، أى بحسب طبيعة العقد وموضوعه . فإذا احتملت العبارة معانٍ مختلفة ، اختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشارة . إذ المقول أن للمتعاقدين قصداً أن يتركا العقد محكوماً بالقواعد التى تقتضيها طبيعته مالم

بصرحاً بخلاف ذلك . فإذا اشترط المير في عارية الاستعمال أن يرد للمستعير الشيء أو مثله ، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية استهلاك ، بل قصد المير أن يلزم المستعير في حالة هلاك الشيء برد مثله لا بأن يدفع تعويضاً^(١) . وإذا كانت العبارة عامة ، فإنها محددة بالرجوع إلى الموضوع الذي تم التعاقد عليه . إذ المقول أن المتعاقدين لا يريدان أن يخرجوا عن هذا الموضوع إلا إذا كانت عبارتهما صريحة في مجاوزته . فإذا نتجارج أحد الورثة عن نصيبه في الميراث ، فسر ذلك بأنه يتنازل عن جميع حقوقه في التركة التي يتخارج فيها حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولاً منه ، ولكن لا يشمل التخارج حقوقاً موروثاً من تركة أخرى^(٢) .

ويستهدى القاضي بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين^(٣) . والأمانة (loyauté) واجب على التعاقد ، والثقة (confiance) حق له . وبيان ذلك أن من وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة في التعامل . فإذا كان هناك خطأ في التعبير أو لبس ، واستطاع أن يبين ذلك أو كان يستطيع أن يبينه ، فالأمانة في التعامل تقضى عليه ألا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير ، مادام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه . ويقابل هذا الواجب حق . فلن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها ، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذي قصد إليه الموجب .

(١) أنظر أيضاً : استئناف مغلط في ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٩٢ — قض فرنسي في ١١ نوفمبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ — ١ — ٢١٣ .

(٢) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٤ .

(٣) [قضت محكمة النقض بأنه إذا لم تبلغ عبارات العقد من الوضوح الحد الذي يدعو إلى عدم الانحراف عنها تبين عند تفسيره البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي مع الاستهداء في ذلك بليعية التعامل وعما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات (المادة ١٥٠ / ٢ مدني) . وينبغي على ذلك أنه متى أولت هيئة التحكيم عبارات عقد الصلح اللزم بين الطرفين بأنها تنطوي على إقرار من الشركة صاحبة العمل بحق المستخدمين والمال في المنفعة على أن يكون تقديرها مرتبطاً بحالة الشركة المالية وبنت على ذلك تقديرها للمنفعة فإنها لا تكون قد خالفت عبارات العقد أو انحرفت عن مدلول عباراته : قض مدني في ١٩٦٢ / ١ / ٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١ ص ١٣] .

وهذه هي الثقة المشروعة ، وتنطوي على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد .

وإذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد ، وكان أحد هذه المعاني هو الذى ينتج أثراً قانونياً ، حملت العبارة على هذا المعنى ، إذ إعمال الكلام خير من إعماله . فإذا سلم شخص لآخر أرضاً مملوكة له في مقابل دين ، واشترط الدائن أن يستولى على ريع الأرض في نظير القوائد وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين ، فإذا فسر هذا العقد بأنه غاروقة — إذ هو يجمع خصائصها — فإنه لا ينتج أثراً قانونياً ، لأن الغاروقة قد ألغيت بإلغاء الأراضى الخراجية . فيفسر على أنه رهن حيازة ، ولا يسمح للدائن أن يستولى على ما يزيد عن الحد الأقصى الذى يجوز الاتفاق عليه في القوائد^(١) .

وعبارات العقد يفسر بعضها بمضاً . فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات ، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل هو العقد . فقد تكون هناك عبارة سابقة مطلقة ، وتحدد عبارة سابقة ألاحقة وقد تقرر العبارة أصلياً عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها . وقد تكون العبارة مبهمه ، وتفسرها عبارة وردت في موضع آخر . فإذا باع شخص مفروشات منزله ، ثم عين هذه المفروشات في مكان آخر من العقد ، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى ، إذ الخاص يقيد العام . ولا يدخل في المبيع ما لم يذكر في المفروشات المعينة ، حتى لو كان داخلها ضمن مفروشات المنزل . وإذا قام التناقض بين عبارتين ، اجتهد القاضى في التوفيق بينهما . فلو أمكنه إعمال العبارتين معاً فعل ، وإلا اجتهد في إعمالها إلى أقصى حد دون إرهاق للفظ أو قسر له على غير معناه . فإذا كان التناقض يستعصى معه الجمع بين العبارتين على أية صورة ، اختار العبارة التى يظهر له أن المتعاقدين كانا يريدانها دون الأخرى^(٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ١١٠٥ من التقنين المدنى الجديد . وانظر في أمثلة أخرى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة — في دعوى طلب إثبات صحة تعاقد دفعها المدعى عليه بأن الاتفاق الذى تم بينه وبين المدعى على البيع قد عدل عنه وزال أثره — قد بسطت الوقائع كما استخلصها من الأوراق ، ثم حصلت من المكتبات التى تبودلت بين محامي الطرفين أن المدعى أنكر التعاقد منذ حصوله ، مستعين على ذلك بإيراد ألفاظ وعبارات من تلك المكتبات مؤيدة لى ما حصلته ، =

وتخصيص حالة بالذکر لا يحملها تفرد بالحکم . فإذا باع شخص أرضاً زراعية ، وكان من توابعها مواش خصت بالذکر في عقد البيع ، فليس هذا معناه أن المواشى وحدها هي التي تدخل ضمن الشيء المبيع ، فكل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومخازن ومبان ونحو ذلك يدخل أيضاً ، أما تخصيص المواشى بالذکر فقد يكون لأن المتعاقدين خشياً أن يقوم شك في أن المبيع يشملها فصراً بذلك حساً للنزاع ، أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة على هذه المواشى فأفرداها بالذکر . وری من ذلك أن هذه القاعدة تقيض للقاعدة السابقة التي تقضى بأن الخاص يقيد العام . فتقواعد التفسير قد تتضارب ، وعلى القاضي أن يختار القاعدة الملائمة لتفسير العقد الذي يدعى لتفسيره .

٣٩٧- العوامل الخارجية في تغير العقر : ذکر القانون منها العرف الجاري في المعاملات ، ونضيف إليه الطريقة التي ينفذ بها العقد .

== فلا عليها إذا كانت لم تقف عندما ورد في مكتبة منها على لسان محامى المدعى عليه مفيداً أن موكله يرى أن المدعى لا ينكر البيع ولذا ينازع في تفصيلاته فقط ، إذ المحكمة حين تفسر المحررات إنما تفسرها كما تفهمها هي ، وهي إذ تعالج تفسير محرمات متبادلة مترابطة إنما تعتبرها بما تفهمه في جلتها لا بما تفهمه عبارة معينة من عباراتها (نقض مدنى في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره رقم ٢٢٠ من ٤٦٩) .
أظن أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٥ . [وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استظهرت من وجود ورقة محاسبية لاحقة أن السند المحرر بين الطرفين لم يكن إلا ورقة موقوفة استغندت الفرض منها ، مستندة في ذلك إلى تفسير عبارات ورقة المحاسبة وما قصد من تحريرها تقييداً مستنداً من ظاهرها ومن ظروف الدعوى والقرائن التي ساقتها المحكمة فإن النتي على الحكم بالسخ أو التناقص يكون نصياً لا سنده (نقض ١٤/٦/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٤ من ٤٠٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشتري عندما قبل عطاء البائع نظر إلى نوع الصابون ورتبته وزنة كل قطعة منه أكثر مما نظر إلى البينة للمفهمة من البائع ، ويؤيد ذلك ما بين من كتابه بقبول الطلاء من أنه اهتم بذكر هذه المواصفات دون أن يذكر شيئاً عن البينة ، فإن البيع لا يكون يمساً بالبينة حتى يكون البائع مسؤولاً عن مطابقة الصابون المورد للبينة في كل شيء ، ولأنه بحسب أنه ورد صابوناً يتفق مع المواصفات الآتية ذكرها (نقض مدنى في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١ من ١) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كان الحكم لم يحار المستأجر في وجوب التوسع في تفسير عبارة « إصلاح حالة الري » المتفق عليها وجعلها شاملة لكافة وجوه الإصلاح ومنها إحياء الموات بالعين المؤجرة لخالفه ذلك لبارات الاضاح الصريحة المحددة ، فلا مخالفة في ذلك لقواعد التفسير (نقض مدنى ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٤ من ٦٧٢) .

فالمقد يفسر طبقاً لما يقتضيه العرف الجارى فى التعامل . إذ المقول فى المسائل التى توطد فيها عرف أن يفرض فى المتعاقدين أنهما علان به وقد ارتضياه ، وإلا لصرحا بمخالفته . فإذا كانت عبارات المقد مبهمه وجب تفسيرها فى ضوء هذا العرف . وقد قضت محكمة النقض بأن القاضى يفسر المقد مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجارى ، فله أن يقضى بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ فى طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاق الجار المرتفق بالطل والنور والهواء^(١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف يقضى بأن يكون أجر السمسار ٢٥٪ من قيمة الصفقة^(٢) . والعرف يكون عاماً^(٣) ، لكن إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص تغلب العرف الخاص^(٤) . ويجب أن يكون العرف مستقراً^(٥) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العادة التى تقضى بأن يكون نزع البئر فى جهة رمل الاسكندرية على المستأجر ليست عادة مستقرة فلا يحكم بها^(٦) . ويجب أن يكون العرف غير مخالف للقانون وللنظام العام وللآداب^(٧) . ولا يطبق العرف ، كما تقول محكمة النقض^(٨) ، إلا عندما تستغلق نصوص القانون أو يسكت المتعاقدون عن تنظيم فى ناحية مما تعاقدوا عليه أو ينظمونه فى غموض^(٩) . وهناك

(١) قطن مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٦٥ من ١٢٧ .

(٢) ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٢٣ من ١٠٩ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ من ١٦٢ .

(٤) مينا جز ١٠ فقرة ٦١ .

(٥) استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ١٥٤ .

(٦) ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٣٠ .

(٧) استئناف مختلط فى ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ١٦١ .

(٨) قطن مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٤٧ من ١٤١ .

(٩) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن اتفاقاً قد تم بين الطرفين على دفع الثمن جيمه فى ميعاد معين فإنه لا محل للرجوع إلى العرف لمرة ميعاد دفع الثمن وطريقة دفعه (قطن مدنى ٣ مايو ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٦ من ٥٧١)] .

مسائل يجرى فيها العرف مجرى القانون ، كما في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري ونحو ذلك ، ففي هذه المسائل يرجع القاضي إلى العرف لا لتفسير نية المتعاقدين فحسب ، بل أيضاً لتكاملة المقد ذاته وتحديد نطاقه كما سنرى . ويلاحظ أن العرف عندما يكون عاملاً من عوامل تفسير المقد غير العرف عندما يكون مصدراً من مصادر القانون ، فإن القاضي إذا خالف العرف في الحالة الأولى لم يكن حكمه عرضة للنقض ، أما العرف في الحالة الثانية فهو قانون إذا خالفه القاضي قضى حكمه .

وقد تتضح إرادة المتعاقدين من الطريقة التي ينفذان بها العقد . فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن ، فسرت إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها . مثل ذلك أن ينفل عقد الإيجار ذكر مكان دفع الأجرة ، وتقضى القواعد العامة في هذه الحالة بأن الأجرة تدفع في محل المستأجر ، ولكن المستأجر يعتاد مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة في محل المؤجر ، فيحمل ذلك على أن المتعاقدين أرادا أن تدفع الأجرة في هذا المحل (١) .

(١) أنظر في القضاء المصري نظرية العقد المؤلف فقرة ٨٢٨ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد استخلص النية للشركة للمتعاقدين من مدلول عبارة العقد وطريقة تنفيذه ، فإن النية عليه بالخطأ يكون على غير أساس : قضى مدنى ١٩ مارس ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٤ من ٦٨٧] .

[كما قضت بأنه متى رأت محكمة الموضوع في سبيل الوصول إلى حقيقة ما اعتقدت عليه إرادة الطرفين بشأن تحديد ثمن البيع — أن تحدد ثمن الصفقة بمجموع ما دفعه المشتري سواء عند تحرير العقد الابتدائي أو بعد ذلك وبما بقي من الثمن عند تحرير العقد النهائي ، وحصلت من ذلك الثمن الذى اتفق عليه الطرفان بعد تحرير العقد الابتدائي ، وكان هذا الاستخلاص مستمداً من عناصر ثابتة بأوراق الدعوى فإن النية على الحكم بقشوية الوثائق أو مخالفة الثابت بالأوراق يكون في غير محله : قضى مدنى ١٠ مايو ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٥ من ٦٢٩] .

هذا وقد تتضح لإرادة المتعاقدين عن طريق أى عامل آخر خارجي عن العقد . مثل ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا كانت المحكمة ، حين قالت إن العقد للتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافاً لظاهره قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع ، مستخلصة هذه النية من ورقة الضد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذى أجرته في الدعوى ، والقرائن الأخرى التي أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه لمن الطاعن في حكمها ، فيتمين رفض هذا الطعن (قضى مدنى في ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر جزء ٥ رقم ١٨٠ من ٣٩٠) .

٣٩٨ — **بأية إرادة يؤخذ في تفسير العقد :** ويخلص مما قدمناه أن القاضي في تفسير العقد الغامض يأخذ بالنية المشتركة للمتقاعدين ، ويستخلصها عن طريق معايير موضوعية تمكنه من الكشف عنها . فلا هو يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة ، ولا هو يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة وإنما يأخذ بالإرادة الباطنة التي يستطيع التعرف عليها (volonté reconnaissable) (١) .

ونرى من ذلك أن التيقن الجديد ، في حالي العقد الواضح والعقد الغامض ، لا يعتد

[ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض أيضاً من أن استخلاص محكمة الموضوع أن صفة الشركة الحقيقية هي أنها بائنة للصفة وليست وسيطة ، هو تحصيل سائح أسندته المحكمة إلى اعتبارات مقبولة (فتح الحساب باسم الشركة واستخراجها إذن الاستيراد باسمها وتحرير سند الشحن باسمها أيضاً ... الخ) . ومن ثم فلا محل للنسب على الحكم بالانصراف في التفسير أو الخروج على قواعده : قضى مدني ١٩ مايو ١٩٦٠ بمجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٣ ص ٤٠٦] .

[ومن أمثلة ذلك أيضاً ما قضت به محكمة النقض من أن لمحكمة الموضوع السلطة في تعرف حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اختلافات عن موضوع التعاقد ذاته . فإذا كان بين من الحكم أن محكمة الموضوع هي بصدد الفصل في الخصومة التي قامت بين الطرفين حول ما إذا كانت الهبة قد صدرت من الواهب للطاعتين بصفتها الشخصية أو باعتبارهما ثابتين عن أهالي بلدة معينة لبناء مدرسة بها ، قد رجعت — بجانب ما تضمنته المقدان الابتدائي والتهائي من عبارات — إلى ظروف التعاقد وملابساته — واستخلصت من ذلك أن فكرة إنشاء المدرسة قد نبتت لدى الأهالي وأن تشييدها كان تنفيذاً لهذه الفكرة وأن الهبة قد صدرت من الواهب تنفيذاً لهذا الغرض ، وكان هذا الرأي الذي استخلصته محكمة الموضوع سائماً لا يفتقر النطق ولا يناقض الثابت بالأوراق ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون : قضى مدني ٤٤/٥/١٩٦٧ بمجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٣ ص ٦٩٣ .

واستخلاص نية المتقاعدين من واقع الدعوى ، مسألة واقع لرقابة فيها لمحكمة النقض : قضى مدني أول مايو ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥١ ص ١٠١٦ — و ٦ يناير ١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٥٤ ص ٤٤٣ — و ٤ أبريل ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض السنة ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣ — و ١٣ يونيو ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض السنة ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦ — و ٩ يناير ١٩٥٨ بمجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥ ص ٦٢ — و ٢٠ مارس ١٩٥٨ بمجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٩ ص ٢٢٣ — و ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ بمجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ١٠٦ ص ٨٠٨ — و ١٩ مايو ١٩٦٠ بمجموعة أحكام النقض السنة ١١ رقم ٦٣ ص ٤٠٦] .

(١) وهذا يقرب من النظرية الألمانية للمروفة بنظرية الثقة (Vertrauensstheorie) التي أشار إليها الدكتور الشين في رسالته « في تكوين العقد وفي تفسيره في القانون المصري الجديد » ص ٥١ — ص ٥٣ . وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك .

بالإرادة الظاهرة إلا على اعتبار أنها دليل على الإرادة الباطنة . وهو على كل حال دليل
يقبل إثبات العكس .

٣٨ - قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين

٣٩٨ - **فسر الشك في مصلحة المدين - مبررات هذه القاعدة :** وضع القانون
نصاً صريحاً في هذه الحالة - الفقرة الأولى من المادة ١٥١ - يقضى بأن يفسر الشك في
مصلحة المدين . فإذا قام شك في مدى التزام المدين بقصد ، فسر هذا الشك في مصلحته ،
وأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد هذا المدى ، ويبرر هذه القاعدة الاعتبارات الآتية :

(أولاً) إذا كنا نأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد مدى التزام المدين ، فذلك لأن
الأصل براءة التهمة ، والالتزام هو الاستثناء ، والاستثناء لا يتوسع فيه . هذا إلى أن النية
المعقولة عند المتلزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحمله عبارات العقد ، فلا يمكن أن يكون
هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا في حدود هذا المدى الضيق .

(ثانياً) ثم إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام ، فإذا كان هناك شك في الالتزام
من حيث مداه ، وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع ، كان عاجزاً عن إثبات ذلك ، فلا يبقى
إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذى قام عليه الدليل . فتكون القاعدة على هذا
الاعتبار قاعدة في الإثبات لا قاعدة في التفسير^(١) .

(ثالثاً) ويقال أيضاً في تبرير القاعدة إن الالتزام يملية الدائن لا المدين . فإذا أملاه
مبهماً يحوم حوله الشك فاعطأ خطأه ، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين ، إذ كان

(١) وتشير الذكر الإيضاحية إلى هذا الاعتبار فيما يأتي : « إذا عرض ما يدعى إلى تفسير العقد ،
وبقى الشك يكتب لإرادة المتعاقدين المشتركة رغم أعمال أحكام التفسير التي تقدمت الإشارة إليها ، فسر هذا
الشك في مصلحة المدين دون الدائن . تلك قاعدة أساسية أخفت بها أغلب التقنيات ، وهي ترد
إلى أن الأصل في التهمة البراءة ، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود دينه باعتبار أنه يدعى ما يخالف
هذا الأصل ، فإذا بقي شك لم يوفق الدائن إلى إزالته فن حق المدين أن يفيد منه » (مجموعة الأعمال
التفسيرية ٢ ص ٢٩٩) .

في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً لا يحول الشك فيه . ومزية هذا الاعتبار أنه يفسر لم نص القانون على أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف للذعن حتى لو كان دائماً . فإن عقد الإذعان يعلية الطرف القسوى على الطرف للذعن في جميع مشتعلاته ، فتكون التزامات هذا الطرف القوى هى أيضاً من إملائه ، فتفسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف للذعن وهو هنا الدائن .

٣٩٩ — نطاق تطبيق القاعدة : وللقاعدة المتقدمة نطاق محدد تطبق فيه ، ويرد

عليها في حدود هذا النطاق استثناء معين .

أما نطاقها فهو أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين : مجرد شك ، بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ، ولا ترجيح لوجه على وجه . أما إذا استحال التفسير ، ولم يستطع القاضي أن يتبين ولو وجهاً واحداً لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فيه ، فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التيقا عندها ، بل أراد كل منهما شيئاً لم يردده الآخر ، فلم ينمقد العقد . ولا بد ، من جهة أخرى ، أن يكون الشك مما يتمذر جلاؤه . فإذا أمكن القاضي أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين — مهما كان هذا عسيراً — واستطاع أن يزيع عنها الشك ، وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة ، ولو كان التفسير في غير مصلحة للمدين^(١)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاشباه في الفرض للقصد من المشاركة التى يجب معه تفسير المشاركة بما فيه القائمة للتعهد هو الاشباه الذى يقوم في نفس القاضي لملو الدعوى من دليل مقنع . فإذا كان المستفاد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت في اقتناع تام من أدلة الدعوى المرفوعة على المشتري بمطالبة بضمن القطن المبيع له أنه تسلم المبيع ، ثم قضت بإلزامه بالثمن ، فإن حكمها يكون سليماً ولا غبار عليه (نقض مدنى في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ من ١٧٨) .

[كذلك إذا تمارضت قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين مع قاعدة تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية تفسيراً ضيقاً ، قدمت القاعدة الثانية على القاعدة الأولى . ويرتب على ذلك أن ما اشترطه مصلحة السكك الحديدية من عدم مسؤوليتها عن سرقة البضائع لا يتوسع في تفسيره ، ومن ثم لا يمتد عدم المسؤولية إلى ما يقترنه عمال المصلحة من سرقات أو إلى السرقات التى تكون نتيجة إهمال المال (استئناف مخطط ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٩٠ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢٥١ — حين عامر في الفقرة المزمرة للعقد فقرة ١٧٥) .

أما الاستثناء الذي يرد على القاعدة فهو ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من أنه « لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى ». فيجب إذن أن يكون التفسير لمصلحته دائماً ، ولو كان دائماً ، على خلاف القاعدة التي نحن بصدها من أن التفسير عند الشك لا يكون لمصلحة المتعاقد إلا إذا كان مديناً . وقد مر بيان ذلك عند الكلام في عقود الإذعان^(١) .

٤٠٠ — تطبيقات الفاعرة : فإذا وجد القاضى نفسه في نطاق تطبيق القاعد طبقها . وفسر العقد للزم الجانب واحد لمصلحة الجانب الملتزم . وفسر العقد للزم للجانبين لمصلحة أى من المتعاقدين يكون مديناً في الالتزام الذي يفسره ، فيكون التفسير تارة لمصلحة أحد المتعاقدين وطوراً لمصلحة الآخر .

فإذا كان هناك شك في وجوب إعدار المدين ، فسر هذا الشك في مصلحته ووجب الإعدار^(٢) . وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزأى مستحقاً في حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ ، كان الشرط غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ^(٣) . وإذا كان المدين ملتزماً بإنشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية إنشاء هذه الطرق ومن يلتزم بصيانتها ، كان للمدين أن يتبع ما هو أيسر عليه وأخف مؤونة^(٤) . وإذا اشترطت العمولة ، عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع ، كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها^(٥) .

(١) انظر آفاً فقرة ١١٨ — وما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا السدد ما يأتي : « وينبغي كذلك تضمير ما يضمن من الشروط فيها على وجه لا يضر بالمدعى ، دائماً كان أو مديناً ، إذ ليس له ، على كلا الحالين ، يد في هذا النصوص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧١) .

(٢) استئناف مختلط في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ — وفي ١١ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ .

(٤) استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٩ .

(٥) محكمة اسكتلندية الكلية التجارية المختلطة في ١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ٢٨٧ ص ١٦٥ — انظر أيضاً استئناف مصر الوطنية في ٢٥ يناير سنة ١٩٣٢ المأماة ١٢ رقم ٢٥ =

المطلب الثاني

تحديد نطاق العقد

٤٠١ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٨ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي:

« ١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

« ٢ - ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والمعادلة بحسب طبيعة الالتزام »^(١) .

== من ٧٣ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ الحاملة ٢١ رقم ١٢٦ من ٢٦٧ - استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢٦٢ - وفي ٦ يولية سنة ١٩٠١ م ١٣ من ٣٦٧ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ١١ - وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ من ٩٤ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٥٣ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ من ٥٩ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ٢٣٩ - وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ من ٢٠٠ - وفي ١١ يولية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٢٩٨ - أنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٤٠ من ٩٤٨ .

(١) تاريخ النص : تقتصر على الفقرة الثانية من هذا النص وهي التي تنصنا هنا ، مرجعين الفقرة الأولى إلى المطلب الثالث عند الكلام في إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد . وقد ورد النص في المادة ٢١٤ فقرة ٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام ، وفقاً للمعادلة والعرف والقانون » . وفي لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من النص على النحو الآتي : « وفقاً لقانون والعرف والمعادلة » ، وأصبح رقم المادة ١٥٢ فقرة ٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص كما هو في المشروع النهائي . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يعطى للقاضي سلطة خطيرة إذ يمكنه أن يزيد في التزامات المتعاقدين وفي ذلك إهدار لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، ولما كانت المادة ١٥٤ تنكلم عن تفسير العقود فيمكن الاستثناء بها من المادة ١٥٢ لأن الالتزام بالعرف والمعادلة وفيه الطرفين يكون في تفسير العقود وليس في تنفيذها . وبعد مناقشة استمضت عن عبارة « ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام » عبارة « ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته » وأضيفت عبارة « بحسب طبيعة الالتزام » في آخر الفقرة ، وقالت اللجنة في تقريرها إن التعديل يجعل الحكم أوضح دون أن يمس جوهره . وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة ٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٨٧ - من ٢٩٠) .

وهذا النص يبين في الفقرة الأولى منه كيف ينفذ العقد ، وفي الفقرة الثانية كيف يحدد نطاقه .

٤٠٢ — التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه : وهناك مسائل ثلاث يجب تمييزها بعضها عن بعض : تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه . وأول مسألة تعرض من هذه المسائل الثلاث هي تفسير العقد . فإذا فرغ القاضى من التفسير واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين ، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يقتصر في هذا التحديد على ما ورد في العقد وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين ، بل يتجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام^(١) . ثم ينتقل القاضى ، بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه ، إلى المسألة الثالثة وهي تنفيذ العقد . فيلزم المتعاقدان بتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه — والمشتملات يعرفها القاضى عن طريق التفسير وتحديد النطاق — ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١٤٨ فقرة أولى)^(٢) .

== ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين السوري م ١٤٩/٢ (مطابق) — التقنين الليبي م ١٤٨/٢ (مطابق) — التقنين العراقي م ١٥٠/٢ (مطابق) — التقنين اللبناني م ٣٧٠ — ٣٧١ (موافق) .

(١) [بيان ج ٨ بند ٣٠١] .

(٢) التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وتنفيذه يبين على رضح اللبس في مسائل تبقى مضطربة دون هذا التمييز . ففي تفسير العقد نعني بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وفي تحديد نطاق العقد نضيف إلى هذه النية المشتركة ما لم تتناوله في الواقع ولكنه من مستلزماتها . وفي تنفيذ العقد نجعل هذه النية بعد أن نضيف إليها مستلزماتها هي شريعة المتعاقدين فلا يجوز قسّ العقد ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ، ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ونرى هذا التمييز واضحاً في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وإن ذهب هذه المذكرة إلى أنه يبدأ بتحديد نطاق العقد ثم يعرض بعد ذلك أمر التفسير ، على أن هذا الترتيب العكسى لم يخلط ما بين المسألتين بل أبقى كلا منهما في الحدود المرسومة لها . وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن : « وما هو جدير بالذكر أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ (م ١٤٨ جديد) تنص على طبيعة الالتزام في معرض تحديد مضمون العقد ، وتنص .. على العرف الجاري في شرف التعامل بصدد كيفية تنفيذه . والواقع أن الفقرة من هذا الوجه بين تحديد مضمون العقد وتفسيره وكيفية تنفيذه جد دقيقة . ذلك أنه يبدأ بتحديد مضمون العقد ، وقد يستتبع ذلك اكتمال ما لم يصرح به فيه . ثم يعرض أمر تفسير هذا المضمون وهو يقتصر على شفه الثابت بالعبارة دون ما يستكمل منه طريق الدلالة . فإذا تم المتعاقدان ==

وقد فرغنا من الكلام في تفسير العقد ، فننتقل الآن إلى الكلام في تحديد نطاقه .

٤٠٣ - العوامل التي يسترشد بها القاضى في تحديد نطاق العقد : لا يقتصر القاضى ، كما قدمنا . في تحديد نطاق العقد على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يضيف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد . وقد ذكر القانون ، لا على سبيل الحصر ، أهم العوامل التي يسترشد بها القاضى في تحديد هذه المستلزمات ، ومن ثم في تحديد نطاق العقد . وهذه هي : (١) طبيعة الالتزام . (٢) القانون في أحكامه التكميلية والتفسيرية . (٣) العرف ويضاف إليه الشروط المألوفة (clauses de style) (٤) العدالة .

٤٠٤ - طبيعة الالتزام : وطبيعة الالتزام (nature de l'obligation) تملى على القاضى أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف والعدالة^(١) . فمن باع عيناً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء (٤٣٢ م مدنى) ومن باع حقاً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده ، كرهن وكفالة أو دعوى ضمان . ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية (accessoires) التي لا غنى عنها في تسييرها . ومن باع متجراً وجب عليه أن يسلم للمشتري السجلات التي تبين ما على المتجر من ديون

== تحديد مضمون العقد وتفسيره عمداً إلى تنفيذه وفقاً لما يفرضه حسن النية وما يقتضى العرف في شرف التعامل (أنظر م ٢٢١ من التقنين اللبناني) . ولذا كان التفريق بين هذه المراحل الثلاث ميسوراً من الناحية المنطقية البحتة ، فمن البين أنها تختلط في الواقع ببعضها ، وتجعل ذلك يوجه خاص فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد وتفسيره « مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧ » .

(١) وقد رأينا أن نص المشروعين التمهيدى والنهائى واضح في أن طبيعة الالتزام تتحدد وفقاً للقانون والعرف والعدالة . وغنى هذا المعنى بعد التعديل الذى أدخلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، على أن اللجنة تقول في تقريرها إنها قصدت من التعديل أن يجعل الحكم أوضح دون أن تمس جوهره . وليس ثمة كبير أهمية لهذه التحويرات ، فطبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة كلها عوامل تساهم في تحديد نطاق العقد . وعلى هذا الوجه جريئاً في شرح النص .

وما له من حقوق وما يتصل به من عملاء ونحو ذلك^(١) .

٥٠٥ { - القوانين التكميلية والمفسرة: والقوانين التكميلية والمفسرة (lois supplétives, interprétatives) تعين القاضى إلى حد كبير على استكمال نطاق العقد . ذلك أنه يصعب فى كثير من الأحوال أن ينظم المتعاقدان العلاقة فيما بينهما فى جميع تفصيلاتها فهما فى الغالب يتركان بعض التفصيلات ، إما لأنهما لم يتوقعاها ، وإما اعتماداً على أحكام القانون^(٢) وهنا تأتى الأحكام القانونية للمفسرة تكمّل العقد . مثل ذلك أن يتعاقد شخصان على بيع ، فمينا المبيع والتمن ، وقد يغفلان بعض التفصيلات كتحديد ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالتمن ومكانه وما يلزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعبوب خفية وما إلى ذلك . كل هذه التفصيلات بين القانون أحكامها فى نصوص عقد البيع ، وجعل هذه الأحكام أحكاماً تكميلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها ، وأحكاماً تفسيرية

(١) أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٢٨٤ ص ٤٠٠ - ويقول الأستاذة بلانيول وريبير وبولانجييه فى وسطهم إن القضاء الفرنسى يضيف إلى نطاق العقد التزامات ثلاثة يستخلصها من طبيعة العقد . الالتزام الأول هو العمل بحسن نية (agir de bonne foi) ، وظاهر أن هذا الالتزام يتصل بتنفيذ العقد لابتعديده نطاقه . والالتزام الثانى هو التزام الضمان (oblig. de garantie) ، وقد نظم القانون التزام الضمان هذا فى بعض العقود كالبيع والإيجار ، ولكنه التزام قائم فى كل العقود التى تقتضى طبيعتها ذلك . والالتزام الثالث هو ضمان السلامة (oblig. de sécurité) ، وهو التزام تقتضيه طبيعة بعض العقود ، فقد العمل يقتضى أن يضمن رب العمل سلامة العمال ، وعقد نقل الأشخاص يقتضى أن يضمن أمين النقل سلامة الأشخاص الذين ينقلهم من مكان إلى مكان (بلانيول وريبير وبولانجييه سنة ١٩٤٩ جزء ٢٠ فقرة ٤٥٥ - ٢٥٩ فقرة ٩٥٨ - ٩٦٣) .

(٢) وهذه غير الحالة المنصوص عليها فى المادة ٩٥ ، والتى مر ذكرها ، وهى حالة ما إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترط أن العقد لا يمتد عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والمادة . والفرق بين الحالتين أن المتعاقدين فى الحالة التى نحن بصدها أغفلا بعض التفصيلات لأنهما لم يتوقعاها أو توقعاها ولكن تركا تنظيمها لأحكام القانون . أما فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٩٥ فإن التفصيلات التى تركها المتعاقدان دون تنظيم هى تفصيلات توقعاها وأرادا أن ينظماها باعقارها ، ولكنهما لم يستطيعا الوصول إلى هذا الاتفاق . والقاضى فى هذه الحالة الأخيرة لا يفسر نية المتعاقدين ولا يكمل نطاق العقد ، وإنما يحل محل المتعاقدين فى صنع العقد .

تكشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان المتعاقدان قد توقعا ما يعرض لهما من ذلك واعتمدا على هذه الأحكام المفسرة . وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد . وهذا ما يمثل أن ليس لها أثر رجعي ينسحب على العقود التي أبرمت قبل صدورهما ، لأن هذه العقود وجدت في وقت كانت أحكام أخرى تكل في إرادة المتعاقدين وكانت هذه الأحكام جزءاً من العقد فلا يجوز أن ينسخ جزء من العقد بقوانين لاحقة . فلو أن شخصاً اقترض مبلغاً من النقود بالسعر القانوني في ظل التقنين القديم (وكان السعر القانوني ٥ في المائة) ، فإن القانون الجديد ، وقد نزل بالسعر القانوني إلى ٤ في المائة ، لا يسرى على هذا القرض ويبقى السعر ٥ ٪ .

ولما كانت هذه الأحكام التكوينية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها ، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها على النحو الذي يريانه ، فهي ليست من النظام العام . وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين ، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس .

٤٠٦ — **العرف والشروط المألوفة** : رأينا أن العرف يجري مجرى القانون في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري . وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه . ويتصل بالعرف الشروط المألوفة (clauses de style) فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه ^(١) ، وهي شروط أكثر تحديداً من العرف . ذلك أن هناك عقوداً أصبح من المألوف فيها أن تشمل على عبارات معينة ، حتى صار تكرار هذه العبارات غير ذي فائدة . وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تقضى به هذه الشروط ولو لم تذكر ^(٢) ،

(١) [دى باج ج ٢ من ٤٤٠ بند ٤٦٩ وأحكام النص البلجيكي التي أشار إليها] .

(٢) [انظر بحث ليكومنت (Lecomte) عن الشروط المألوفة — في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٥ من ٣٠٥ — و (زوكتا) Zuchetta — رسالة من أ كس سنة ١٩٤٢] .

لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد . مثل ذلك ما جرت به العادة في الفنادق والطاعم والقاهى من أن يضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفع بها الخدم ، فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوباً ، ولكن عند تناقض شرط مألوف مع شرط خاص أدرج في العقد . فالشرط الخاص هو الذى يعمل به^(١) .

٤٠٧ — المهرات : وقد يسترشد القاضى بقواعد المدالة في استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه . فالبايع لا يلتزم بحسب أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري ، بل يجب عليه أيضاً أن يكف عن أى عمل من شأنه أن يحمل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً . وهذا التزام تقتضيه المدالة وإن لم يذكر في العقد ، وقد يورد القانون في شأنه نصوصاً صريحة (أنظر م ٤٢٨ من التقنين المدنى) وبائع المتجر يلتزم نحو المشتري ألا ينافسه منافسة ينتزع بها عملاء المتجر ، وهذا التزام تقتضيه المدالة وإن لم يذكر في العقد . والعامل الفنى إذا عمل في مصنع فاطلع على أسرارته الصناعية بحكم عمله يلتزم ألا يوح بهذه الأسرار لمصنع منافس ولو لم يشترط عليه ذلك (قارن م ٦٨٦ مدنى) . وما يستنبطه العامل من اختراعات في أثناء عمله يكون من حق رب العمل ، إذا كانت طبيعة الأعمال التى تصهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده في الابتداع ، ولو لم يشترط رب العمل في العقد أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات (م ٦٨٨ فقرة ٢ مدنى) وفي عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية ، إذا كان من شأنها أن تؤثر في التبعة التى تتحملها الشركة^(٢) . هذا وليست نظرية الحوادث الطارئة — وقد وضع لها التقنين الجديد نصاً عاماً وطبقها في عقود مختلفة —

(١) استئناف مخطط في ٦ بونية سنة ١٩٤٤ م ٦٦ ص ١٨٢ . [وقض فرنسى ٢٦ أبريل ١٩٣٢ — دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ ص ٣١٥ — وانظر : دى باج ج ٢ بند ٤٦٩] .

(٢) [دى باج ج ٢ ص ٤٤٠ وما بعدها — وديموج ج ٦ بند ١٢ وما بعده — وينهب ديموج لى أن مبدأ حسن النية ينشئ التزاماً على الفائز والدين وجوب التعاون على تنفيذ العقد . وهذا الالتزام يفرضه العقد بذاته على الطرفين . ومن تطبيقات ذلك : التزام المتعاقد المخرف بأن يزود المتعاقد الآخر بالمعلومات اللازمة . والزام الفائز بالامتناع عن أى سلوك يجعل الالتزام أو تنفيذه أشد تكلفة على المدين] .

إلا تطبيقاً لمبدأ المدالة في تحديد نطاق العقد وقياس مدى ما يلتزم به المتعاقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام صار مرهقاً للمدين إلى حد يخل بالمدالة الواجبة .

٤٠٨ — تحديد نطاق العقد هو من مسائل القانون : وإذا حدد القاضى نطاق العقد ، خضع في هذا التحديد لرقابة محكمة النقض ، فستطيع هذه المحكمة أن تعقب على حكمه ، وأن تأخذ عليه أنه انتقص من نطاق العقد أو زاد فيه . فإذا طبق القاضى بعض شروط العقد دون بعضها الآخر ، كان في ذلك انتقاص من نطاق العقد ووجب نقض الحكم ^(١) .

المطلب الثالث

إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

٤٠٩ — الفاعرة العامة والاستثناء منها : القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه . وقد أورد التقنين الجديد ،

(١) وإلى هذا الرأي ذهبت محكمة النقض عندما قضت بأن الخطأ في تطبيق نصوص العقد خطأ في تطبيق القانون يخضع لرقابة محكمة النقض . في دعوى المفاوض الذي لم يدفع للمدعى عليه (وزارة الحرية) غير التأمين المؤقت ، وعندما أعلن بقبول عطلاته وكلف بإبداع التأمين النهائي امتنع ولم يحضر عقد التوريد وطلب إعفائه من التمسك ، فألغى المدعى عليه عطاءه وانصرف إلى غيره في استيراد المطلوب له — في هذه الدعوى إذا طبقت المحكمة بعض شروط العقد دون بعضها الذي كان يجب تطبيقه ، فلهي محكمة النقض أن تنقض الحكم وتفصل في الدعوى على أساس الشروط الواجبة التطبيق . ولا يرد على ذلك بأن تطبيق بعض شروط عقد المناقصة وعدم تطبيق بعضها الآخر على الدعوى هو ما يدخل في ولاية قاضى الموضوع دون رقابة عليه فما يرثيه من تفسير هذه الشروط ، لأن تطبيق نص من نصوص العقد دون نص آخر أولى منه هو اجتهاد يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٧٩ ص ٢٢٣) — وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تفسير بند في العقد تفسيراً صحيحاً مع ترك النود الأخرى يوجب نقض الحكم (نقض مدنى في ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٧٣ ص ٥٣٢) . أنظر أيضاً في هذا المعنى « النقض في المواد المدنية والتجارية » . لحامد فهمى والدكتور محمد حامد فهمى ص ٢٩٦ — ص ٢٩٩ (والتمييز غير واضح في هذا المرجع بين تفسير العقد وتعميد نفاذه) .

عند الكلام في آثار العقد^(١) ، على هذه القاعدة استثناءين : الاستثناء الأول ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضى للعقد (م ١٤٧ فقرة ٢) ، والاستثناء الثانى ما تقضى به نظرية عقود الإذعان من جواز تعديل القاضى للشروط التمسفية أو الإعفاء منها (م ١٤٩) .

ولا نمود إلى عقود الإذعان فقد سبق الكلام فيها^(٢) . وتقتصر هنا على ملاحظة أن العقد إذا تم بطريق الإذعان واشتمل على شروط تمسفية ، فإن العيب الذى يلحق العقد فى هذه الحالة يلحقه منذ تكوينه ، لا عند تنفيذه كما هو الأمر فى نظرية الحوادث الطارئة . فنظرية عقود الإذعان أقرب إلى نظرية عيوب الرضاء . وما الإذعان إلا ضرب من الإكراه أو الاستغلال يرتب عليه القانون نتائج محدودة . وكان المنطق يقضى بأن يوضع النص الخاص بعقود الإذعان فى المكان الذى وضع فيه النص الخاص بنظرية الاستغلال ، فهذه أشكال بترك .

فإذا تركنا عقود الإذعان بقى أن نبحث مسألتين : (١) القاعدة وهى تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه (٢) ثم الاستثناء وهو ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة .

§ ١ — تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه

٤١٠ — النصوص القانونية : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز قضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب

(١) وإلا فإن القانون أورد استثناءات أخرى كثيرة تفرقت فى أما كن مخالفة كما سنرى .

(٢) أنظر آخاً فقرة ١١٨ وما بعدها . [وانظر الدكتور عبدالمجيد فرج الصدة فى عقود الإذعان (رسالة من القاهرة ١٩٤٦)] — وكتابه فى مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٨ بند ٩٢ — ٩٦ — ومارتى وريتو ٢ بند ١١٦ — ١١٧ وحى باج ٢ بند ٤٤٩ وما بعده .]

التي يقرها القانون»^(١).

ونصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ على ما يأتي :

« يجب تنفيذ المقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية »^(٢).

٤١١ — العقد شريعة المتعاقدين : بعد أن يفسر القاضي المقد ويحدد نطاقه ، لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه ، ما دام المقد قد نشأ صحيحاً ملزماً . وهو لا يكون صحيحاً ملزماً إلا في الدائرة التي يميزها القانون ، أي في نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام ولا مع الآداب .

و يطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً ، لأن المقد يقوم مقام القانون في تنظيم

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٧١٣ من المشروع التمهدي على الوجه الآتي : « المقد شريعة المتعاقدين ما دام قد انعقد صحيحاً ، فلا يجوز قطعه ولا تعديله إلا بائنا الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون » . وأقرته لجنة المراجعة بعد حذف عبارة « ما دام قد انعقد صحيحاً » لعدم الحاجة إليها ، وأصبح رقم النص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٧ فقرة أولى ، ثم مجلس الشيوخ (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٨ — ص ٢٨٦) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: السوري ١/١٤٨ (مطابق) — الليبي م ١/١٤٧ (مطابق) — العراق م ١/١٤٦ (موافق) — اللبناني م ٢٢١ (موافق) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٤ من المشروع التمهدي على الوجه الآتي : « يجب تنفيذ المقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل » . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً لفظياً على النحو الآتي : « يجب تنفيذ المقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وما تقتضيه نزاهة التعامل » ، وأصبح رقم النص المادة ١٥٢ فقرة أولى من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قبل تطبيقاً على النص لأنه وإن كان المقد شريعة المتعاقدين فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني لا الماني كما كان الشأن في يسر العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل المقود جيداً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها . وحذفت اللجنة عبارة « وما تقتضيه نزاهة التعامل » ، وعللت هذا الحذف في تقريرها بأن « في عموم تعبير حسن النية ما ينشأ عنها » ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة أولى . ووافق عليها مجلس الشيوخ (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٧ — ص ٢٩٠) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: السوري ١/١٤٩ (مطابق) — الليبي م ١/١٤٨ (مطابق) — العراق م ١/١٥٠ (مطابق) — اللبناني م ٢٢١ (موافق) .

العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين . بل هو ينسخ القانون فيما يخرج منه عن دائرة النظام العام والآداب ، وقد رأينا أن الأحكام القانونية التي تخرج عن هذه الدائرة ليست إلا أحكاماً تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين ، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد ، كان المقد هو القانون الذي يسرى عليهما ، وتوارى البديل أمام الأصيل . وهذا هو المعنى الذي قصدت إليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ حين قالت : « العقد شريعة المتعاقدين » . وتقول المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي في هذا المعنى : « الاتفاقات التي تمت على وجه شرعى تقوم بالنسبة إلى من عقدها مقام القانون » .
Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. وقد نقل المشرع الفرنسي هذا النص عن دوما (Domat) كما قدمنا^(١).

٤١٢ — فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها

القانون : والنتيجة المباشرة للمبدأ القاضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ، هي أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون^(٢).

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضى ، فلا يجوز لهذا أن ينقض عقداً صحيحاً أو يمدله بدعى أن النقص أو التعديل تقتضيه المدالة ، فالمدالة تكفل لإرادة المتعاقدين

(١) وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين ، فليس هنا بمناه أن نصوص المقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق . وقد عقد جوسران (جزء ٢ فقرة ٢٤٧ — فقرة ٢٤٨) مقارنة بين العقد والقانون . أما وجه الشبه في أن كلا منهما ملزم ، وفي أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف ، وفي أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بغير الطريقة التي صنع بها كل منهما ، وفي أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمقتضيات المدالة وحسن النية . ووجوه الخلاف هي أن المقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام أما القانون فيلغى قانوناً آخر مثله ولو كان معتبراً من النظام العام ، والمقد قد يعمل بإرادة واحدة فيمكن إذن حله بطريقة غير التي صنع بها في أحوال استثنائية بخلاف القانون فلا يلغى إلا بالطريقة التي صنع بها ، ونفسير المقد مسألة موضوعية (على تفصيل سبق بيانه) لا رقابة لمحكمة النقض عليها أما تفسير القانون فمسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

[واضطر في هذا : مارتى ورينو ج ٢ بند ٢٢٢ ودى باج ج ٢ بند ٤٦٦] .

(٢) [أنظر في بيان هذا النتيجة من نتائج المبدأ المتقدم : يلمان ج ٨ بند ٣٠٤ و ٣٠٥ — ودى باج ج ٢ بند ٤٦٧ — ومارتى ورينو ج ٢ بند ٢٢٥] .

ولكن لا تنسخها . ولا يجوز قرض العقد ولا تعديله من جهة أى من المتعاقدين ، فإن العقد وليد إرادتين ، وما تقدمه إرادتان لا تحله إرادة واحدة .

هذا هو الأصل ومع ذلك يجوز قرض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو لأسباب يقررها القانون .

فيكون قرض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً ، إما باتفاقهما على ذلك عند النقص أو التعديل ، أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما . والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إيجاد العقد هي ذاتها التي تطبق على توافق الإرادتين في نقضه أو في تعديله ^(١) .

وقد يكون قرض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون . فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بالفائها ^(٢) ، كالوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار وعقد العمل . وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل العقد نزولاً عند اعتبارات عادلة . كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائي (م ٢٢٤) ، وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة (م ٣٤٦) ، وفي جواز الرجوع في الهبة (م ٥٠٠) ، وفي جواز تعديل أجر الوكيل (م ٧٠٩) ، وفي جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المقبول في نظرية الحوادث الطارئة التي سنتناولها بالبحث بعد قليل ^(٣) .

(١) ويسمى الاتفاق على قرض العقد *mutuo dissensu* أو *dissentiment mutuel* — انظر في بيان ماهية هذا الاتفاق وإثباته : قس مدني فرنسي ١١/٢٢ - ١٩٦٠ - دالوز - ١٩٦١ - ٨٩ وتطبيق هولوا (Holleaux) .

(٢) [انظر بحث ديموج عن التعديلات التي ترد على العقود بالارادة المنفردة في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٧ ص ٢٤٥] .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « العقد شريعة المتعاقدين ، ولكنه شريعة اتفاقية ، فهو يلزم عقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحاً . والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد =

١٣٤ — ولكن يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبها مضمون النية : كان المشروع التمهيدى للتقنين الجديد ينص على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع فى هذا الصدد ما يأتى : « فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف فى شرف التعامل . وبهذا يجمع المشروع بين معيارين : أحدهما ذاتى قوامه نية العاقد وقد اختاره التقنين الفرنسى ، والآخر مادى يعتمد بعرف التعامل وقد أخذ به التقنين الألمانى »^(١). ومن ثم نرى أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، عندما حذفت المعيار الثانى الخاص بنزاهة التعامل من المشروع النهائى ، قد استبقت فى الواقع المعيار الذاتى دون المعيار المادى : أما ما ذكرته فى تقريرها من أنها حذفت العبارة التى تقرر المعيار المادى « لأن فى عموم تعبير حسن النية (وهذا هو المعيار الذاتى) ما يبنى عنها »^(٢) فغير صحيح ، لأن المعيار الذاتى لا يبنى عن المعيار المادى . لذلك يجب ، بعد هذا التعديل ، الاتصاف على المعيار الذاتى ، وهو معيار حسن النية .

فالقاضى عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضى منهما أن ينفذهما بطريقة تتفق مع ما يوجبها حسن النية . ذلك أن حسن النية هو الذى يسود فى تنفيذ جميع العقود . ولم يمد

— أن يستغل بنقضه أو تنديله ، بل ولا يجوز ذلك للقاضى ، لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقدتها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء العاقدين . فلا يجوز إذن قس الضم أو تنديله إلا بتراضى عاقديه — ويكون هذا التراضى بمثابة عقد جديد — أو لسبب من الأسباب المقررة فى القانون كما هو الشأن فى أسباب الرجوع فى المبة « مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٠) .

[وانظر فى بيان الأسباب التى يقررها القانون : دى باج بند ٤٦٦ فى آخره ويشير ييدان (ص ٨٠) بند ٣٠٦) ومارتى وريينو (ج ٢ بند ٢٢٥) إلى حالات تدخل المشرع — على خلاف هذا الأصل — لتعديل أو إنهاؤه بعض العقود] .

[وانظر بحث الأستاذ عبد السلام الترمائى عن سلطة القاضى فى تعديل العقود فى القانون السورى — المحاملة — ٤١ — ص ٩٢٢] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٠ .

هناك ، كما كان الأمر في القانون الروماني ، عقود حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) وعقود رائدها حسن النية (contrats de bonne foi) بل العقود جميعها في القانون الحديث قوامها في التنفيذ حسن النية^(١) . ويرتب القضاء الفرنسي على وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد أن الما قول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن^(٢) ، وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة إلى صاحبها^(٣) .

ويجزى القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد ، فيمنح المدين نظرة اليسرة إذا كان في عدم تنفيذه للعقد حسن النية (م ٣٤٦ فقرة ٢) . ويجازى سوء النية في عدم تنفيذ العقد ، فيلزم المدين في المسئولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذي كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان هذا المدين في عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً (م ٢٢١ فقرة ٢) . وهذا وذاك ينان عما وراءهما من قاعدة مستترة تنهى عن النش وتأسر بحسن النية في تنفيذ العقد .

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية في التنفيذ في صورة التزام بالتعاون ، وهو التزام يقضى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه في تنفيذ العقد . ففي عقد الشركة

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويستخلص مما تقدم أن العقد وإن كان شرعية المتعاقدين ، فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني دون الماني كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٨) . وتقول الأستاذة بلانول وريبير وبولانيه في وسطهم (جز ٢ - فقرة ٤٥٥ - فقرة ٤٥٧) إن القاضي كما يمنع التدليس dol في تكوين العقد ، كذلك يمنع النش fraude في تنفيذه . والتدليس والنش شيء واحد يتخذ اسمين مختلفين ، فهو تدليس عند تكوين العقد ، وهو غش عند تنفيذه .

[وانظر في مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية : ما سبقت الإشارة إليه عند الكلام في تفسير العقد (ص ٦١٢ من هذا الكتاب وهوامشها) - ودعوى ج ٩ بند ٣ وبند ١٢ وما بعده - دي باج ٢ بند ٤٦٨ - ٤٦٩ - يبدان ٨ بند ٣٠٧ - مارتى وريزو ٢ بند ٢١٦ و ٢١٩ و ٢٢٢] .

(٢) قاض فرنسي في ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ ص ٧٧ .

(٣) قاض فرنسي في ٣١ يناير سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ - ٩ - ٤٢٠ .

واجب التعاون ما بين الشركاء في تنفيذ العقد أمر ملحوظ ، حتى أن القانون يحيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء بهذا الواجب (م ٥٣٠ - ٥٣١ من التقنين اللدنى الجديد والمادة ١٨٧١ من القانون اللدنى الفرنسى) . وفى عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد وأن يبذل ما فى وسعه للتخفيف من الضرر للمؤمن عليه إذا وقع (قانون ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ فى فرنسا : م ١٧ و ١٩ و ٢١) . ويقضى واجب التعاون على الناشر أن يخطر المؤلف عما تم فى بيع كتابه . وعلى المشتري أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع فى وقت ملائم (٤٤٠ مدنى) . وإذا كشف عيباً فى المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به فى خلال مدة معقولة (م ٤٤٩) . ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة (م ٥٧٠) . ويجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائى والغاز والتليفون والراديو وما إلى ذلك ، فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لإتمام شئ من ذلك جاز للمستأجر أن يقتضى منه هذا التدخل (م ٥٨١) . ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يعتدى أجنبى بالتمرض لها أو إحداث ضرر بها (م ٥٨٥) . وعلى الوكيل أن يوافق الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة (م ٧٠٥) . وعلى أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م ٧١٧)^(١) .

ويمكن القول بوجه عام إن التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ينفى فى بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التفسف فى استعمال الحق . فإن المتعاقد الذى يحيد عن حسن النية فى المطالبة بحقه يكون مسئولاً على أساس المسئولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدى من وجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد ، قبل أن

(١) الدكتور حلى بجهت بدوى س ٣٩١ - س ٣٩٩ . وقد أورد تطبيقات كثيرة لفكرة التعاون . [وانظر ديوج ٦٥ بند ١٢ حى باج ٢٥ بند ٤٦٩ - السابق الإشارة إليها] .

يكون مسئولاً على أساس المسؤولية التقصيرية للمتعمد في استعمال الحق^(١).

٢٤ - نظرية الحوادث الطارئة (*)

(Théorie de l'imprévision)

٤١٤ - النصوص القانونية: نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين المدني

الجديد على ما يأتي :

(١) بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٤٥٥ - فقرة ٤٥٧ .

(*) بعض المراجعين : بربيه (Brunet) رسالة من أوكس سنة ١٩١٧ - سان مارك (Saint-Marc) رسالة من باريس سنة ١٩١٨ - جيليت (Gueulette) رسالة من باريس سنة ١٩١٩ - موري (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ - ردوان (Radouant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - فيوت (Fyot)، رسالة من ديجون سنة ١٩٢١ - بريزان (Bruzin) رسالة من بوردو سنة ١٩٢٢ - فواران (Volrin) رسالة من نانسى سنة ١٩٢٢ - لاپير (Lapeyre) رسالة من بواتييه سنة ١٩٢٣ - مانيان دي بورنييه (Magnan de Bornier) رسالة من مونتبييه سنة ١٩٢٤ - ديجونكيير (Desjonquères) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - جاكمار (Jacquemard) رسالة من الجزائر سنة ١٩٢٨ - أوفرني (Auverny) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - حامد زكي رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ (في القانون الإنجليزي) - دي جودان دي لاجرانج (De Gaudin de Lagrange) رسالة من مونتبييه سنة ١٩٣٥ - باربر (Barreyre) رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ - فولا (Foula) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - زاكس (Zacksas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ - مقال للأستاذ عبد الفتاح السيد في مجلة مصر المحاصرة السنة الثانية والثلاثون ٦٤٩ وما بعدها (ويشير فيها إلى قرارات مؤتمر باريس الدولي لسنة ١٩٣٧) .
[أضف إلى ما تقدم: بيدان ج ٨، ٤١٩ بند ٥٨١ - دي باج ج ٢ بند ٤٦٧ وبند ٥٧٣ وما بعده (س ٥٣٤ وما بعدها) - مارتى ورينو ج ٢ بند ٢٢٧ - ورسالة ريج : دور الإرادة في العمل القانوني (سابق ذكرها) س ٥٣٢ وما بعدها - دي لوبادير في العقود الإدارية ج ٣ بند ٩٤٩ وما بعده والمراجع العديدة التي أشار إليها - وأعمال الأسبوع القانوني الدولي بباريس سنة ١٩٣٧ ج ٢ (مراجعة القاضي للعقد) مطبوعات سيري - باريس ١٩٣٨ - وفي الفقه الفرنسي رسالة الدكتور محمد الحداد عبد الجواد : في الفقرة الملتزمة للعقد في الشريعة الإسلامية وفي نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني (رسالة من باريس ١٩٥٧ - غير مطبوعة) والمستشار حسين عامر : القوة الملزمة للعقد (سنة ١٩٤٩) - وأسمد الكوراني : نظرية الحوادث الطارئة في التقسيم المدني للبلاد العربية - المحاماة - ٤٠ - س ٢١٧ - ومقال لصاحب الوسيط عن تطبيق هذه النظرية على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعي - المحاماة - ٤١ - س ١٠٧ - وانظر : حشمت أبو سكتيت طبعة ١٩٥٤ بند ٣٤٣ س ٣١٦ وما بعدها - سليمان مرقس (المصادر) بند ٢٦٥ س ٣٥٢ وما بعدها - أنور سلطان =

« ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسخ توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المقبول . ويقع باطلا اتفاق على خلاف ذلك »^(١) . وهذا نص . مستحدث لم يكن له نظير في التقيين القديم .

== (المصادر — ملحة ١٩٦٢) بند ٣٢٥ من ٣٧٨ وما بعدها — عبد المتعم فرج الصده بند ٢٩١ من ٣٣١ وما بعدها — عبد الحى حجازى (المصادر ملحة ١٩٦٢) بند ٣٥٤ من ٥٥٥ وما بعدها — ورسائله فى عقد المدة من ١٦٣ وما بعدها — عادل علوبة فى الحاماة (٤٠) من [٢٤٨] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن ينقضى الالتزام المرهق إلى الحد المقبول ، إن اقتضت العدالة ذلك » . وأضافت لجنة المراجعة كلمة « عامة » بعد عبارة « حوادث استثنائية » ، والمراد بإضافة هذا الوصف أن الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان حال غير متظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير متظرة للجراد أو انتشار وباء . وحذفت اللجنة العبارة الأخيرة من المادة وصي « إن اقتضت العدالة ذلك » على أن يحمل عليها عبارة « تبعا للظروف » توضع بعد عبارة « جاز للقاضى » . وأضافت فى آخر النص عبارة « ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥١ فى المشروع التهاى . ووافق مجلس النواب على المادة كما وردت فى المشروع التهاى . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قبل فى إيضاح النص أن الحوادث الاستثنائية العامة تنصرف إلى ما كان عاما من هذه الحوادث كالفيضان والجراد ، ولا تنصرف إلى الحوادث الفردية — كحريق المحصول مثلا — ولا يمد انتشار الدودة حادثا استثنائيا عاما لأنه خطر متوقع . وقيل أيضاً أن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه : بل يتحمل كل منهما شيئا من الخسارة لأن إتاحتها أحدهما بإبطال العقد . وذكر أن المشروع تمع فى تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصبغة وبذلك غاير القانون البولونى الذى أخذ عنه نص المادة لأن هذا التقيين قد أخطأ التوفيق فى هذا الصدد إذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المحصول بأسره فى بعض ما ساق من تطبيقات خلط بذلك بين الملة والمطول . وقيل كذلك أن استعمال القاضى للرخصة فى إقتناص الالتزام المرهق خاضع لمراقبة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التى تبسيع استعمال هذه الرخصة . ولا اعترض على عبارة « ينقضى الالتزام المرهق » لأن القاضى قد يرى زيادة الالتزام المعابل لا إقتناص الالتزام المرهق كان الرد أن الإقتناص غير مقصود به الإقتناص المادى وإنما قصد به التعديل ونسب دائما إلى عبء الالتزام ، فاستماضت اللجنة عن عبارة « ينقضى الالتزام المرهق إلى الحد المقبول » بعبارة « يرد الالتزام المرهق إلى الحد المقبول » . ثم قام اعترض على النص فى ذاته بدعوى أنه يخرج القاضى ==

٤١٥ - وضع النظرية : ونظرية الحوادث الطارئة تفترض الوضع الآتي : عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال ، كمقد توريد . ويحل أجل التنفيذ ، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن المقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيراً فجائياً لحدوث لم يكن في الحسبان ، فيختل التوازن الاقتصادي للمقد اختلالاً خطيراً . وليكن الحادث خروج الساعة التي تمهد المدين بتوريدها من التسمية ، فيرتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً بحيث يصبح تنفيذ المدين للمقد التوريد يتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار . فهل يؤخذ للمدين في هذه الحالة بتنفيذ التزامه مهما بلغت الخسارة ؟

لو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، لكان قوة ظاهرة ينقض بها الالتزام . أو لو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف في التجارة ، لما كان له من أثر ، فالتاجر يكسب ويخسر ، وكل من الكسب والخسارة أمر متوقع ، ولا تلزم المدين بتنفيذ التزامه كاملاً . ولكننا نفرض فيما قدمناه أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلاً ، ومن جهة أخرى صار مرهقاً يهدد التاجر بخسارة تخرج عن الحد المألوف . ثم إننا نفرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء المقد ، بل جد عند تنفيذه^(١) . فإذا يكون الحكم ؟ تقول نظرية الحوادث

== عن وظيفته ، إذ أن وظيفته هي تفسير لإرادة المتعاقدين لا تعديل هذه الإرادة ، ويسعى أن النص يشير مشاكل ومنازعات تهدد للمعاملات لأن أقل حادث سياسي قد يترتب عليه تارة رفع الأسعار وأخرى انهيارها ، فأجيب على هذه الاعتراضات بأن القاضى يحكم طبقاً لقواعد المعاملة عندما لا يجد نصاً في المقد وهو في هذا يعمل في حدود وظيفته . وبعد مناقشة لم تر اللجنة الأخذ بهذه الاعتراضات ، وأقرت النص تحت رقم المادة ١٤٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٧٨ - ٢٨٦) .

ونقابل النص في التقنيات المدنية الرعية الأخرى : السوزى م ١/٤٨ (مطابق) الليي م ١/١٤٧ (مطابق) - المراق م ١/١٤٦ (مطابق) - البنائى لا مقابل .

(١) فلو أن الالتزام نشأ في ذمة المدين مرهقاً فادحاً منذ تكوين المقد ، كمن يصعد بحفر يترتب عليه تكاليف حفرها أعضاء ما قدره (صى باج ٢ - ٢٧٤ م ٤٩١) ، لبقينا في طائفة تكوين المقد ولم نخرج إلى مرحلة تنفيذه ، ولكن علينا أن ننسج العلاج في عيوب الرضاء من غلط أو تمليس أو إكراه أو استغلال ؟ أو كان من المحتمل أن نعهد العلاج في نظرية عقود الإنعاق . =

الطارئة : لا ينقض التزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة ، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق ، ولكن يرد القاضى الالتزام إلى الحد المقبول حتى يطبق المدين تنفيذه ، بطبقه بمشقة ولكن فى غير إرهابى .

هذه هى نظرية الحوادث الطارئة . وتراها وهى تقوم فى مرحلة تنفيذ العقد تقابل نظرتى الاستغلال والإذعان فى مرحلة تكوين العقد^(١) . فهى مثل نظريتها تصلح اختلال التوازن : هاتان يصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوى أثناء تكوين العقد ، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد . على أن اختلال التوازن فى نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأى من المتعاقدين ، ومن ثم تتوزع تبسته بينهما . وفى النظريتين الآخرين يرجع اختلال التوازن إلى استغلال القوى من المتعاقدين للضعيف منهما ، ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن^(٢) .

(١) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فيلاحظ أولاً أن نظرية الطوارئ غير التوقفة ليست على وجه الإجمال إلا بسيطة فى نطاق نظرية الاستغلال . فالتبن إننا عاصر انقضاء العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقاً له (وهى حالة الحادث غير التوقع) لا يدم أثره فيها يكون لتعاقد من قوة الإلزام . فقد يكون سبباً فى بطلانه أو فى إقصائه على الأقل » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٨١) .

(٢) وتبين نظرية الظروف الطارئة على التوازن ما بين التنفيذ المبنى للعقد وتنفيذه من طريق التمييز . ففى تنفيذ العقد من طريق التمييز لا يلتزم المدين إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . وهما نحن ، بفضل نظرية الظروف الطارئة ، قرر ما يقرب من ذلك فى التنفيذ المبنى ، فلا يلتزم المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى تنفيذاً عينياً إلا بالقدر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، وما زاد على هذا القدر للتوقع فلا يحصل تبته كالملة . وتقول للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « ويلاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الطوارئ غير التوقفة تقيم ضرباً من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينياً وتنفيذه من طريق التمييز . إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ (من للمشروع التمهيدى وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من النانون الجديد) بأن المدين لا يلتزم إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . ويجوز بفضل هذه النظرية أن يقتصر التنفيذ المبنى على حد جديد عما كان فى الوسع أن يتوقع عقلا وقت انقضاء العقد » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٨٢) .

هذا وتختلف نظرية الظروف الطارئة ومعا نظرية الإذعان عن نظرية الاستغلال فى أن نظرية الاستغلال =

ونظرية الحوادث الطارئة لها تطور معروف ، وقد أخذ بها التقنين اللدنى الجديد نظرية عامة وطبقها تطبيقاً تشريعياً فى حالات معينة . فنحن نتكلم : (أولاً) فى التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة . (ثانياً) فى نظرية الحوادث الطارئة فى التقنين اللدنى الجديد .

١ - التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة

١٦٤ - النظرية فى المصور الوسطى : لما كانت نظرية الحوادث الطارئة ذات جانب أدبى بارز . فهمى تسف المتعاقدين المتكوب عند ما يحتل التوازن الاقتصادى للعقد ، فإن ظهورها لا يستغرب فى القوانين المشبعة بالروح الدينية . ظهرت فى المصور الوسطى فى القانون الكنسى . ولما أثر ملحوظ فى الفقه الإسلامى^(١) .

فقد كان رجال الكنيسة فى المصور الوسطى يرتبون على الحوادث الطارئة التى تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للدين أترأ قانونياً . فهناك غبن يقع على اللدين المرهق ، والغبن لا يجوز سواء عاصر تكون المقد أو جد عند تنفيذه . إذ هو ضرب من الربا المحرم لا يحل أكله ، وهو إضرار دون حق للدين على حساب اللدين المرهق . وقامت الصياغة الفنية للنظرية فى القانون الكنسى على أساس قاعدة تغير الظروف (rebus sic stantibus) . فالمقد يفترض فيه شرط ضمنى هو أن الظروف الاقتصادية التى عقد فى ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغيراً جوهرياً . فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائزاً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وجب تعديل المقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغير المفاجئ . فى الظروف الاقتصادية^(٢) .

== ذات معيار شخصى : استئلال هوى جلع أو طيش ين . أما نظريتا الحوادث الطارئة والإذعان فاهما معيار مادى : حدث طارئ عام واختلال لسلة أو مرفق .

(١) أما فى القانون الرومانى فلا نسمح لما حدى إلا فى أقوال الفلاسفة من أمثال شقيروت (Cicéron) وسينيك (Sénèque) .

(٢) [انظر : حى باج ج ٢ ص ٥٢٩ بند ٥٢٦] .

وسلم رجال الفقه الإسلامى بنظرية الحوادث الطارئة فى بعض العقود ، وبخاصة فى عقد الإيجار . فينسخ الإيجار بالعدو فى مذهب الحنفية ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العدو لزم صاحب العدو ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان النسخ فى الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر^(١) .

١٧٤ — النظرية فى القانون المحرى — انتمارها فى القانون الخاص : ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثمرة يتفاد منها القاضى إلى العقد فيقال من قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضا الآخر ، لم تلبث النظرية أن استكسبت على أيدي المدنين من رجال القانون الفرنسى القديم ، واندثرت بعد ذلك أمام النظرية المعارضة ، نظرية القوة الملزمة للعقد . وثبت القانون المدنى الحديث على هذا الموقف ، فلم يقر النظرية لاحقاً — على خلاف فى رأى — ولا قضاء .

أما فى الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء ، وحاولوا أن يجدوا لها سنداً فى المبادئ العامة للقانون المدنى : فحيل إن النظرية تقوم على أساس المبدأ القاضى بأن العقود يجب

(١) البائى ٤ ص ١٩٧ — والعدو إما أن يرجم لعين المؤجرة كمن استأجر حماماً فى قرية مدمرة مطومة ، ففر الناس ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . ولما أن يرجع المؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة ، فيصل الدين عنراً فى فسخ الإجارة ، وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإجارة ويرده باليب (البائع ٤ ص ١٩٨ — ص ١٩٩ — الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ — ص ٤٦٣) . ولما أن يرجع العدو للاستأجر ، نحو أن يفسد فيقوم من السوق ، أو يريد سفرأ ، أو ينقل من الحرفة إلى الزراعة ، أو من الزراعة إلى التجارة ، أو ينقل من حرفة إلى حرفة (البائع ٤ ص ١٩٧) ، وكما إذا كانت الإجارة لفرض ولم يبق ذلك الفرض ، أو كان عذر يمنه من الجرى على موجب العقد شرعاً ، تنقضى الإجارة من غير قض ، كما لو استأجر إنساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة أو لقطع السن عند الوح ، فبرأت الأكلة وزال الوجع ، تنقضى الإجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٨ — ابن عابدين ٥ ص ٧٦) .

ونظرية العدو فى الفقه الإسلامى — كما نرى — واسعة . وقد وضع الفقهاء العدو معياراً مرناً ، فقال ابن عابدين (جزء ٥ ص ٧٦) : « والحاصل أن كل عذر لا يمكن منه استيفاء العقود عليه إلا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ » . فالنظرية تنظم ما يختاره القانون الحديث قوة قاهرة ، وما يختاره حوادث طارئة ، وما يختاره دون هذه وتلك . فلان أيضاً تصحيح المحكر [الوسيط ٦ فقرة ٨٠٢ — ٨٠٣] .

تنفيذها بحسن نية ، وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقاً لظروف طارئة لم تكن في حسبانته^(١) . ولكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضى بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه ، لا أن يبدل القاضي هذا الاتفاق ، فيفتتح الباب واسماً للتحكم — وقيل إن النظرية تفسر في ضوء المبدأ القاضي بأن المدين في التزام تعاقدى لا يدفع تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع ، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيماً لم يكن متوقفاً وقت التعاقد^(٢) . ويرد الخصوم بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد بخطأ المدين ، لا عند تنفيذه كما هي الحال في نظرية الحوادث الطارئة — وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب ، فالقاضي يتمدده العقد الرهق بمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين^(٣) . ويرد على ذلك بأن الدائن لم يثر بلا سبب ، بل إن هناك سبباً لإثرائه هو العقد — وقيل إن نظرية السبب تصلح سنداً ، إذ متى وصل التزام المدين إلى حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إقصاؤه . ولكن نظرية السبب لا تشترط وجود التبادل الاقتصادي ولا استمراره إذا وجد ، وإلا لكان الثمن سبباً في بطلان العقد — وقيل أخيراً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إسنادها إلى مبدأ التعسف في استعمال الحق ، فالدائن يتعسف في استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقاً لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها . ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد بترأخي التعاقد إلى مدة من الزمن أن يأمن جانب تغير الظروف ، فإذا هي تغيرت وطالب بحقه الذي تعاقد من أجله كان متبصراً لا متعسفاً^(٤) — ثم تقول جبهة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع . فإذا جدت أحوال تقتضى تدخل المشرع ، عولجت بالتشريع المناسب وبقدر الحاجة . وهذا ما فعله المشرع في مصر وفي فرنسا على أثر الحربين العالميتين في تأجيل الديون moratorium ،

(١) ريبير في القاعدة الأدبيةقرة ٨٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ ققرة ٢٩٦ .

(٢) فارون بلانيول وريبير وإسمان ١ ققرة ٣٩٦ م ٥٥٤ .

(٣) بلانيول وريبير وإسمان ١ ققرة ٣٩٦ م ٥٥٥ .

(٤) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ ققرة ٤٦٢ .

صعوبات التنفيذ متوقعة ، فلا يجوز الاحتجاج بها للتخلص من الالتزام^(١) .

والقضاء الوطنى أيضاً لم يجر نظرية الحوادث الطارئة . وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بالنظرية فى حكم لما معروف ، ثبت فيه من وقائع القضية أن مصلحة الحدود تماقت مع شخص على أن يورد لها كمية من « القدر المويجة » بسر معين ، فورد بعض ما تمهده به ، ثم طالبت المصلحة بتوريد جزء آخر ، فامتنع بعد أن ارتفع سعر هذا الصنف من الأذرة على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنبيين وبيع إلى ما فوق الخمسة الجنيهات . وقد قررت المحكمة فى حكمها : « أنه وإن كان من المقرر احترام المقود باعتبارها قانون المتعاقدين ما دام لم يصبح تنفيذها مستحيلاً استعالة مطلقة لحادث قهرى ، إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف . فإذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن فى حساب المتعاقدين وقت التعاقد ، وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث تمخل بتوازنها فى المقد إخلالاً خطيراً ، وتجعل التنفيذ مرهقاً لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال ، فإنه يكون من الظلم احترام العقد فى مثل هذه الظروف ، ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وإيقاضه من الخراب . وإن نظرية الطارئ بما لم يكن فى حساب المتعاقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبرى ، إذ أن هذه تتطلب لأجل أن تتحقق استعالة تنفيذ كلية ، وتلك تتطلب استعالة نسبية ، أو بالأحرى ظرفاً يجعل التنفيذ أفدح خسارة وأعظم إرهاقاً للمدين . وأن الروح التى أملت نظرية الإثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الإفراط فى استعمال الحق مع عدم وجود نصوص فى القانون خاصة بهما هى نفسها التى تملى نظرية احترام الظروف الطارئة

١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٦ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٧ — ٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٨ — ٨ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٢٢٦ — ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٢٧٩ — ٦ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٤٦٨ — ١٢ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٤٨١ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ — قارن استئناف مخطوط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١ — ٤ مارس سنة ١٩٢٥ (نشر إليه فى رسالة الدكتور حامد زكى ص ١٤٠ — ١٤١) .
(١) ٢ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٣ .

التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد، وقد أخذ بتطبيقاتها في نظرية الميسرة وفي الضرر غير المتوقع»^(١). ونرى من ذلك أن محكمة الاستئناف أسندت النظرية إلى مبادئ العدالة، وقررتها بنظريتي الإثراء بلا سبب والتعسف في استعمال الحق من حيث إن النظريات الثلاث لم ترد فيها نصوص في التفتين القديم ومع ذلك أخذ القضاء بها. ولكن هذا الحكم القذ ما لبث أن نقضته محكمة النقض. وقد قررت هذه المحكمة في حكمها: «أنه لا يتقضى الالتزام العقدي بالقسح إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن لطوء حادث جبرى لا قبل للمتزم بدفعه أو التصرز منه، فإن كان الحادث الطارىء لا يبين أن يكون كذلك، بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب، فلا يتقضى الالتزام. وإذن فالحكم الذى يقرر المساواة بين هذين الحادثين من حيث أخذه بالقسح فى كليهما، زعماً بأن القانون المصرى، وإن لم يقرر نظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وإن جعل التنفيذ مرهقاً للمدين، إلا أنه قد أباح الأخذ بها فى بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الإنصاف إلى ذلك، وبأن فى نظريتي الإثراء على حساب الغير والإنفاط فى استعمال الحق ما يؤكد هذا النظر — الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون متعين نقضه، لأن الشارع وإن كان قد أخذ بنظرية حساب الطوارئ فى بعض الأحيان، إلا أنه قد أسبق زمامها بيده، يتدخل به فيما يشاء وقت الحاجة، وبالتقدير المناسب، ولمصلحة الماقدنين كليهما، فإىكون للقضاء بعد ذلك إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه»^(٢). ويلاحظ أن محكمة النقض أبت الأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كسبب لانقضاء الالتزام، لآلرده إلى الحد المقول، وعلى أساس أن نصوص التفتين المدين القديم تتعارض مع إقرار النظرية. فهى إذن لا تأبى أن يوضع للنظرية نص

(١) استئناف مصر الوطنية فى ٩ أبريل سنة ١٩٣١ المادة ١٢ رقم ٤١ من ٦٣ — وانظر تطبيقاً للدكتور حامد زكى فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية.

(٢) - قض مدين فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧ من ٥٢ [وانظر أيضاً قض مدين ٥ إبريل ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٢٧ من ٧٦٩ — ٢٤ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١ من ٩٨].

تشريعى عام يحمل الجزاء إقاص الالتزام لا اقضاء . بل هى تصرح بذلك فى الحكم ذاته إذ تقول : « ومن حيث إنه وإن كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والمفو والإحسان ، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تسبق الشارع إلى ابتداعها ، فيكون عليها هى وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها ، وتحديد ما ينبغي على قاضى الموضوع اتخاذه من الوسائل القانونية فى حق الماقدين كليهما توزيعاً للفرم بينهما » ، وقد رأينا أن التقنين المدنى الجديد قد سد هذا النقص ، وأتى بالشرع الذى كانت محكمة النقض تبتغيه . ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء الوطنى بقى ، فى ظل التقنين القديم ، عند موقفه من نظرية الحوادث الطارئة ، فقضت محكمة استئناف أسبوط بأنه ليس للمحاكم فى مصر أن تأخذ بنظرية الطوارئ . بل عليها أن تحكم بتنفيذ المقود كما هى ، وتفسيرها ، لا إدخال أى تعديل فى الشروط المتفق عليها بين الطرفين ^(١) ، وعادت محكمة النقض إلى رفض النظرية مرة أخرى ، فقضت بأنه « ليس فى أحكام القانون المدنى (القديم) ما يسوغ للقاضى نقض الالتزامات التى يرتبها العقد ، بل إن هذا مناف للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين ، ولئن كان هذا القانون فى المادة ١٦٨ قد أجاز للقاضى فى أحوال استثنائية أن يأذن فى الوفاء ، على أقساط أو بميعاد لائق إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسمى لرب الدين ، وأجاز له فى المادة ٥١٤ أن ينظر فى أجر الوكيل المتفق عليه وتقديره بحسب ما يستصوبه ، فهذا وذلك استثناء من الأصل كان لا بد لتقريره من النص عليه . ثم إن ما كان من الشارع المصرى إبان الحرب المالية الأولى وفى أعقابها وفى أثناء الحرب الثانية وعقب انتهائها من إصدار تشريعات مختلفة بوقف الآجال وإعطاء المهل والتدخل فى عقود الإجارة وتحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية — ذلك يدل على أنه أراد أن يستبقى بيده زمام نظرية الطوارئ » ، فيتدخل فيما شاء وقت الحاجة ، وبالقدر المناسب ، ولهذا فليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداع هذه النظرية ، بل عليه أن يطبق القانون كما هو . وعلى ذلك فالحكم الذى يرفض القضاء بقسخ العقد بالرغم من أن ظروف الحرب المالية وطوارئها قد جعلت تنفيذ التزام الماقد عسيراً عليه مرفقاً له ، لا يكون مخطئاً فى تطبيق القانون ^(٢) .

(١) ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ المجلد ٢٢ رقم ٢٣٨ ص ٦٨٣ .

(٢) قضى مدنى لى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥ .

٤١٨ — ازدهارها في القانون العام : على أن نظرية الحوادث الطارئة إذا كانت قد اندثرت في القانون الخاص ، فقد ازدهرت في القانون العام . بدأت في القانون الدولي العام شرطاً ضمنيّاً مفروضاً في للماهدات الدولية ، فهي تنقضي بتغير الظروف (rebus sic stantibus) ، على ما هو معروف في هذا القانون .

ثم انتقلت من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري . وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافقت مجلس الدولة الفرنسي للأخذ بها في قضية معروفة ، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكاً للطن في سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة وسبعين فرنكاً في سنة ١٩١٥ . ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد^(١) . ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى^(٢) .

وقد أخذ القضاء الإداري — دون القضاء المدني — بنظرية الحوادث الطارئة لسببين : (السبب الأول) أن الأفضية التي تعرض على القضاء الإداري تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام . ولذلك يحرص القضاء الإداري على أن يوفق في أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة وللصلحة العامة . فإذا نظر قضية كقضية شركة الغاز التي أشرنا إليها ، وجب أن يحسب حساباً للخدمة العامة التي تقدمها الشركة للجمهور ، إذ هي تقوم بمرفق عام ، فلا يجوز أخذها بالعتف وإلا أفلست ، وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولاً على حكم الحوادث الطارئة . أما القضاء المدني فالكثرة

(١) مجلس الدولة الفرنسي في ٣٠ يونيو سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٦ — ٣ — ١٧ .

(٢) مجلس الدولة الفرنسي في ٨ فبراير سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٤ — ٣ — ٢ . وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٣ — ٣ — ٣٣ . وفي ٢٢ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ٣ — ١٠٨ — [وأظهر في تعليقات أخرى في المجلات العامة وفي الفتاوى وفي عقد البيع وفي إيجار المال وفي عقد الإجارة وفي عقد النقل أمام القضاء الإداري والقضاء المدني في فرنسا : حين طرأ في الفترة المزمرة للعقد فترة ١٠٣ — فترة ١١٠] .

الغالبية من أفضيته تتعلق بمصالح الأفراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة . فليس أمامه هذا الاعتبار الذى يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية إلى ما تقتضيه المصلحة العامة .

(والسبب الثانى) أن القضاء الإدارى ليس مقيداً بنصوص تشريعية كالتقانون المدنى . فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع . وتيسر له على كل حال أن يماشى تطور الظروف . أما القضاء المدنى فمقيد بنصوص لا يستطيع الانحراف عنها إلا فى كثير من الجهد والداورة . وهو يعرف القوة القاهرة ، ويعرف أن أهم شرط لها هو أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وإلا فإن الالتزام يبقى كما هو دون أن يبدل . فلا يسهل على القضاء المدنى أن يغير من هذه القواعد حتى يدخل شيئاً من المرونة على فكرة القوة القاهرة ، ويتدرج بها من المستحيل إلى المرفق ، ويجعل لكل منزلة حكمها . وحتى إذا كان هذا القضاء المدنى يختص بالنظر فى أفضية إدارية — كما كانت الحال فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة — فإنه ينزع إلى تطبيق نصوص القانون المدنى على هذه الأفضية الإدارية . وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية فى قضية توريد الأذرة إلى مصلحة الحدود وهى القضية التى سبقت الإشارة إليها . فقد كان من حق محكمة النقض بل من واجبها — والقضية التى تنظرها قضية إدارية — أن تسير وراء مجلس الدولة فى فرنسا فتأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . ولكنها سارت وراء محكمة النقض الفرنسية فلم تأخذ بها .

وقد جد فى مصر ، لمصلحة تطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، أمران : (أولهما) إنشاء القضاء الإدارى ، وهو أكثر استعداداً لقبول هذه النظرية من القضاء المدنى . (والثانى) ظهور التقنين المدنى الجديد ، وقد وجد فيه القضاء المدنى ذاته النص الذى كان يلتمسه للأخذ بالنظرية .

٤١٩ — ظهورها أمراً في القانون الخاص : ومن ثم أخذت نظرية الحوادث الطارئة تنتمش في السنين الأخيرة ، حتى في دائرة القانون الخاص . فبدأت تظهر في التقنيات الحديثة . ظهرت في تقنين الالتزامات البولوني ، ثم في التقنين المدني الإيطالي الجديد ، ثم في التقنين المدني المصري الجديد^(١) .

أما تقنين الالتزامات البولوني فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة . فقد نص في المادة ٢٦٩ على ما يأتي : « إذا جرت حوادث استثنائية ، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية ، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيمان توقعها وقت إبرام العقد ، جاز للمحكمة ، إذا رأت ضرورة لذلك ، تطبيقاً لجباىء حسن النية ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره ، بل وأن تقضى بفسخ العقد » .

ثم تلى تقنين الالتزامات البولوني التقنين المدني الإيطالي الجديد ، فنص في المادة ١٤٦٧ على ما يأتي : « في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح الزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية ، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يمرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة » .

وثالث التقنيات الحديثة التي اشتملت على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة هو التقنين المدني المصري الجديد . وقد مر بنا النص الذي وضعه لهذه النظرية في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ .

(١) أظن في هذه النظرية في القانون الإنجليزي مقالاً للأستاذ ليفي أولمان في حوليات القانون التجاري سنة ١٩٢١ ص ٢٧٩ وسنة ١٩٢٢ ص ٤١ — ورسالة الدكتور حامد زكي في نظرية الحوادث الطارئة في القانون الإنجليزي باريس سنة ١٩٣٠ .

ونرى من ذلك أن نظرية الحوادث الطارئة أخذت تسلك طريقها إلى التقنيات الحديثة ، وأن ثلاثة من أحدث هذه التقنيات أوردت نصاً عاماً يقرها^(١).

ب - نظرية الحوادث الطارئة في التقنين المدني الجديد

٤٢٠ - شروط تطبيق النظرية : لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة ، نسطها فيما يلي ، ولم يأخذ التقنين المدني الجديد بالشروط الأول منها :

(أولاً) أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه متراحياً : ذلك أن طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد — وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه النظرية -- يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه^(٢) على أن العقد إذا كان غير متراح ، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التهديد ما يأتي : « وقد استحدث المشروع ... حكماً بالغ الأهمية ، إذا استثنى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التي تحجر على القضاء تعديل العقود . وقد بادر القضاء الإداري في فرنسا إلى قبول هذا المبدأ ، ومضى في هذا السبيل قدماً مخالفاً في ذلك ما جرى عليه القضاء المدني . ولما طرح الأمر على محكمة النقض المصرية اختارت مذهب القضاء المدني في فرنسا ، فلم تر الأخذ بنظرية الطوارئ غير المتوقعة ، وألفت في هذه المناسبة حكماً أصدرته محكمة الاستئناف على خلاف هذا الرأي . وقد احتذى المشروع مثال التقنين البولوني (٢٦٩م) فيما أورد من أحكام تسميحية في هذا الشأن ، إلا أنه تقدم على هذا التقنين من ناحيتين : (أ) فبراعى من ناحية أنه رسم في وضوح ما يفرق بين حالة الطوارئ غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة من حدود . ففي الحالة الأولى يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى على حد تصير المشروع مرهقاً يجاوز حدود السهولة دون أن يكون مستحيلاً ، ومؤدى ذلك أن الحالة الثانية هي التي تتحقق فيها هذه الاستحالة . (ب) وبراعى من ناحية أخرى أنه قنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط لتوجيهه ، دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصفة ، إذ جمع بين الحرب والوباء ، وبين هلاك المحصول بأسره في بعض ما ساق من تطبيقات ، غلط بنفك بين الملة والملول ، (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٨٠) .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن نظرية الحوادث الطارئة لا تطبق إلا عندما يكون الحادث قد طرأ في فترة من الزمن تفصل ما بين إبرام العقد وتنفيذه . ورتبت على ذلك أنه إذا كان الالتزام قد خذ فعلاً قبل طروء الحادث فإنه ينقضى وبذلك ينتج انطباق النظرية لأنها إما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد (نقض مدني ١٩٦٢/١٢/٢٠ — مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٨٧ ص ١١٧٩) — كما قضت من جهة أخرى بأنه يجب لتطبيق نص المادة ٢/١٤٧ أن يكون الالتزام قائماً لم يتغير — فإذا كان الالتزام الأصل قد تغير — دون تعديل للمقابل — فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وإما يحل المحكة =

الاستثنائية عقب صدوره مباشرة ، وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً ، فليس
يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية^(١). ولهذا أثر التقنين المصري — مقتدياً في ذلك
بالتقنين البولوني — أن يسكت عن شرط التراخي فهو شرط غالب ، لا شرط ضروري^(٢)

== استناداً إلى المادة ٢/١٤٨ إلزام الطرف الآخر بفرق المرحى بتوازن الالتزامات في العقد بما تقتضيه
العلاقة وطبيعة الالتزام (قنن مدني ١١/٥/١٩٦١ — مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٩ ص ٤٦٦) .

(١) [انظر عبد الحى حجازي (للصادر طبعة ١٩٦٢) ص ٥٧٣ حيث أورد حكيم المحكة القاهرة
الاجتدائية في ٣١/١٠/١٩٥٣ (عملة — ٣٤ — رقم ٨٢٨ ص ٣٧٠) وفي ٢١/٦/١٩٥٤ (عملة — ٣٥ —
رقم ١٣٤ ص ٣٥٩) — قررت المحكة فيها أن هذه النظرية تطبق على العقود
الزمنية وعلى العقود القورية المؤجلة التنفيذ طالما أنه قد فصل بين انقضاء العقد وتنفيذه فأصل زمني . وانظر
رسالته في عقد المدة ص ١٦٤ — ١٦٥] .

[وقد قضت عمكة النقض بأنه لا يشترط في تطبيق المادة ٢/١٤٧ أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية
التنفيذ على وجه التبادل إلى ما بعد الحادث الطارئ بل يكفي وجود التزام متراخي التنفيذ إلى ما بعد
الحادث الطارئ . وصار مرفقاً للمدين دون ما اعتبار لكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه
متراخياً كذلك (قنن مدني ٢١ مارس ١٩٦٣ — مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٥ ص ٣٤٧) .

(٢) [وقد وجد فلا ما يبرز وجهة نظر التقنين المصري ، فقد صدر قانون الإصلاح الزراعي في مصر
واستحدث قيوداً خطيرة على ملكية الأرض الزراعية ، وهو دون شك حدث طرأ على عقود بيع مؤجلة
التنفيذ تقع على هذه الأراضي ، فهذه البيوع ، وإن كانت منجزة ، تتأثر بهذا الحادث الطارئ . ويمكن
أن يكون المشتري لم يدفع الثمن قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي ، حتى يستطيع أن يتمسك بنظرية
الموادم الطارئة . على أنه إذا كان تراخي التنفيذ يرجع إلى خطأ للمدين ، كما إذا كان التنفيذ واجباً فوراً
ولم يكن الحادث قد طرأ عند ذلك ، ثم أهمل المدين في التنفيذ حتى طرأ الحادث ، لم يبرز له أن يفيد من
إحالة ، ومن ثم لا يجوز له أن يتمسك بنظرية الموادم الطارئة (قنن مدني ٣ يناير ١٩٦٣ — مجموعة
أحكام النقض ١٤ — رقم ٣ — ص ٣٧) — (وعبد الحى حجازي — الصادر — طبعة ١٩٦٢
— فقرة ٣٦٥) — ومن باب أولى إذا صدر العقد وقد تم جد الحادث الطارئ بعد التنفيذ فلا أثر لهذا
الحادث . (انظر بهذا المعنى قنن ١٢/٧/١٩٦٢ — التي سبق الإشارة إليه) . أما إذا طرأ
الحادث قبل دفع الثمن ، أو قبل دفع جزء منه ، فاثمن أو الباقي منه يكون عرضة للاقتسام بسبب الحادث
الطارئ ، وما سبق دفعه قبل وقوع الحادث لا يتأله تعديل] .

[هنا وقد طبقت عمكة النقض نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها وتنفيذها
فترة زمنية طرأ في خلالها حادث استثنائي غير متوقع يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرفقاً للمدين . ذلك
أن تأجيل التنفيذ — كما تقول المحكة — هو الباعث على حماية القانون التي قصد منها رفع السنت عن
المدين وإصلاح ما اختل من التوازن العقدي نتيجة لظروف الاستثنائية الطارئة ، هذا الاختلال الذي يقوم
في الالتزامات المؤجلة التنفيذ كما يقوم في الالتزامات التي تنفذ بصفة دورية . ويؤيد هذا النظر صدور ==

== القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ ، اتفق تصممه الأول على أنه إذا كان سند المستولى لديه عقد بيع ثابت التاريخ قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ وكان الأجل المعلن للوفاء بالثمن كله أو بضعه يحمل أصلاً بعد هذا التاريخ ، تحمل كل من البائع والمشتري نصف الفرق بين ثمن المستولى عليه من الأرض المبيعة والتعويض المستحق له على ألا يجاوز ما يتحصله البائع الباقي من الثمن ، وذلك كله دون إخلال بحقوق الطرفين طبقاً لأحكام القانون المدني بالنسبة إلى باقي الصفقة ؛ وقد كان هذا القانون صورة واضحة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع . وليس صحيحاً أن المشرع بإصداره هذا القانون قد أبغى زمام تطبيق النظرية على عقود البيع بين يديه ، وأنه لم يرد حماية عقود البيع الأخرى التي تأثرت بصور قانون الإصلاح الزراعي - ذلك لأن تدخل المشرع في هذه الحالة إنما قصد به تنظيم العلاقة بين البائع والمشتري عن طريق تحديد ما يجب أدائه من ثمن الألبان المبيعة التي أخضعت للاستيلاء عليها طبقاً لقانون الإصلاح الزراعي ، حتى لا تختلف معايير التقدير في شأنها (قضى مدني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ بمجموعة أحكام التقاضي السنة ١٣ رقم ١٨٦ ص ١١٧٤) .

[وعادت محكمة التقاضي إلى تأكيد هذا المبدأ في حكم آخر قالت فيه : « ولا يصح الاحتجاج على تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع التي يكون الثمن كله أو بضعه مؤجلاً بما احتج به الحكم المطعون فيه من أن لإجاء دفع الثمن إنما قصد به تيسير التنفيذ على المشتري فلا ينبغي أن يضار به البائع ، ذلك أن الأجل شرط من شروط التصديق في الصفقة أصلاً لولاه لما تمكن البائع من إبرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه ، فلا يعتبر والحال كذلك تأجيل تنفيذ التزام المشتري بدفع الثمن تخلفاً من البائع . . . أما عن الأمر الثاني الذي استند إليه الحكم وهو أن قانون الإصلاح الزراعي لا يعتبر حادثاً استثنائياً عاماً في مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني ، فانه أيضاً غير صحيح . ذلك أن الشروط التي يطلبها القانون في الحادث الطارئ ، قد توافرت في قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . فهو يحكم كونه قانوناً ، يعتبر حادثاً عاماً . وهو بعد حادث استثنائي لم يكن في الوسخ توفعه ولا ممكناً دفعه ، ولا ينبغي من اعتباره كذلك كونه تصرفاً ، ذلك أن نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني قد أطلق في التعبير عن الحادث فلم يقيده بأن يكون عملاً أو واقعة مادية . وغير صحيح ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن صدور القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ وماضته مذكرته الإيضاحية يؤيد وجهة نظره ، ذلك أن النتيجة التي رتبها القانون المذكور على صدور قانون الإصلاح الزراعي لا يمكن تفسيرها إلا على أساس اعتبار القانون الأخير طرفاً طارئاً وإذا كان القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ قد اقتصار على أعمال أثر نظرية الظروف الطارئة على خصوصية بينها ، وهي حالة ما إذا استولت الحكومة طبقاً لقانون الإصلاح الزراعي على أرض كان المستولى لديه قد اشتراها بتدبير ثابت التاريخ قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ وكان الأجل المعلن لوفائه بالثمن كله أو بضعه يحمل أصلاً بعد هذا التاريخ إلا أن تدخل المشرع في هذه الحالة لم يقصد به قصر أعمال النظرية عليها وحدها ، وإنما قصد به تنظيم العلاقة فيها بين البائع والمشتري على وجه معين عن طريق تحديد ما يجب أدائه من ثمن الألبان المبيعة التي أخضعت للاستيلاء حتى لا تختلف معايير التقدير في شأنها وقد حرص القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ على أن ينص في نهاية المادة الأولى التي أورد فيها هذا الحكم على أن ذلك الحكم لا يخل بحقوق الطرفين طبقاً لأحكام القانون المدني بالنسبة إلى باقي الصفقة ، ويذهب أن ثمن هذه الأحكام التي رأى المشرع أن يخضع لها باقي الصفقة الذي لم يشمله الاستيلاء حكم الظروف ==

أما التفتين الإيطالي فقد نص على الشرط ، بل عدد أنواع العقود التي تطبق فيها النظرية ، فهي العقود ذات التنفيذ المستمر أو ذات التنفيذ الفوري (وهذه هي العقود الزمنية التي مر ذكرها) والعقود ذات التنفيذ المؤجل . وتجتمع هذه العقود في أن هناك فاصلا زمنيا ما بين صدور العقد وتنفيذه ، فهي عقود متراخية^(١) .

(ثانيا) أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة : مثل ذلك زلزال ، أو حرب ، أو إضراب مفاجئ ، أو قيام تسمية ، أو إلغائها ، أو ارتفاع باهظ في الأسعار ، أو نزول فاحش فيها ، أو وباء ينتشر ، أو جراد يزحف أسرابا . ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها . ولم يأت النص المصري بأمثلة . تاركا ذلك للفقه والعمل . وكذلك فعل التفتين الإيطالي . أما التفتين البولوني فقد مثل للحوادث الاستثنائية بالحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكاً كلياً .

وقد كان المشروع التمهيدى للتفتين المصري الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون

== الطارئة الوارد في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ . ولو كان اتجاه المشرع إلى قصر تطبيق الحكم المذكور بالنسبة لعقود البيع المؤجل فيها الثمن على المحسوبة التي عالجه في تلك المادة وإلى إغناح حكم العقد فيها عداها ، لقرر أن باقي الصفقة يخضع لحكم العقد أو لأغفل الإشارة كلية إلى ما يقع في شأنه (تفتن مدني ٣ يناير سنة ١٩٦٣ — التي سبقت الإشارة إليه) .

[وانظر في هذا المعنى : سليمان مرقس : نظرية العقد طبعة ١٩٥٦ فقرة ٢٦٩ — ومصادر الالتزام طبعة ١٩٦٠ فقرة ٢٧٢ — عبد الحمى حجازي المصادر طبعة ١٩٦٢ فقرة ٣٦٣ و ٣٦٤ أنور سلطان المصادر طبعة ١٩٥٥ فقرة ٣١٤ من ٣٢٣ وطبعة ١٩٦٢ فقرة ٣٢٦ من ٣٨١ — زكي سيد البرماني في شرح قانون الإصلاح الزراعي طبعة ١٩٥٣ ج ١ فقرة ١٦٢ من ٩٧ — وانظر عكس ذلك : محمد علي عرفة في شرح قانون الإصلاح الزراعي — الطبعة الثانية من ٤٩] .

(١) أنظر الدكتور عبد الحمى حجازي في عقد المدة من ١٦٣ — من ١٦٦ — بلانول وريير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ من ٥٥٥ — هذا ويجب استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة في البورصة لأنها بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لمكسب كبير (بلانول وريير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ من ٥٥٦) .

[تفتن مدني ٣ يناير ١٩٦٣ سابق الإشارة إليه — سليمان مرقس : المصادر طبعة ١٩٦٠ بند ٢٧٢ من ٣٦٠ — عبد الحمى فرج الصدة بند ٢٩٤ من ٣٣٦] .

الحوادث استثنائية ، كما فعل التقنينان البولوني والإيطالي . ولكن لجنة المراجعة ، رغبة منها في تضيق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة . « والمراد بإضافة هذا الوصف — كما قيل في اللجنة — أن الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس ، كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض ، أو غارة غير منتظرة للجراد ، أو انتشار وباء^(١) . » ويبين من ذلك أن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين — كإفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله أو حريق محصله — لا تكفي لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة^(٢) .

(ثالثاً) أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسم توقعها : فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها ، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، ففيضان النيل (إلا إذا كان فيضاناً استثنائياً) ، واختلاف سعر العملة^(٣) ، وانتشار دودة القطن^(٤) ، كل هذه حوادث في الوسم توقعها^(٥) . ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٧ .

(٢) أظن مادار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وقد قلناه في تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ (أظن أنها فقرة ٤١٤ في الماش — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٣ — ص ٢٨٤) .

(٣) ومن ثم قضت المادة ١٣٤ من التقنين الجديد بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر .

(٤) [وقد قضت محكمة استئناف الاسكندرية في ١٩٥٤/١١/٢٤ (المجموعة الرسمية ٥٤ رقم ١٧٤ ص ٢٩٠) — بأن إصابة القطن بدودة اللوز أمر متوقع وإن كان شاذاً — (وانظر عبدالحى حجازي ص ٥٨٥ — ٥٨٦ بالماش)] .

(٥) أظن مادار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وقد قلناه في تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ ، وقد قيل في هذه اللجنة وفي لجنة المراجعة إن انتشار الدودة لا يعد حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع ، أما الفيضان العالى غير المنتظر أو غارة الجراد غير المنتظرة أو انتشار الوباء فهذه حوادث ليس في الوسم توقعها (انظر أيضاً فقرة ٤١٤ في الماش — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٤) .

لا يستطيع دفعه ، فإن الحادث الذى يستطيع دفعه يستوى فى شأنه أن يكون متوقفاً أو غير متوقع .

(رابعاً) أن تحمل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً : وهنا نرى الفرق بين الحادث الطارىء والقوة القاهرة . فهما إذا كانا يشتركان فى أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه ، إلا أنهما يختلفان فى أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما الحادث الطارىء فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب . ويترتب على هذا الفرق فى الشروط فرق فى الأثر . إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضى فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه^(١) ، أما الحادث الطارىء فلا يقضى الالتزام^(٢) بل يردده إلى الحد المعقول فتتوزع

[وقد قضت محكمة النقض بأن قوام نظرية الظروف الطارئة أو عمل الحاكم أن يكون الحادث استثنائياً وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد ، فإذا كان الحكم قد نفي ذلك فيها أوردته من أسباب ومنها أن رفع سعر الفحم لم يكن ظرفاً طارئاً غير متوقع إذا كان على كل متبصر بالأمور أن يتوقع زيادة فيه ما دامت الحرب قائمة ، فهنا تقرير موضوعي لا يجوز معه تحريك الطاعن بتلك النظرية (قضى مدنى ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥ ص ٢٦)] .

(١) ولكن إذا كان العقد ملزماً للجائنين ؟ فالمدين الذى انقضى التزامه لاستحالة تنفيذ بقوة القاهرة يتحمل التبعة فى صورة أخرى ، فهو إذا لم يتحمل تبعة عدم تنفيذ التزامه ، إلا أن العقد ينفسخ ، فيسقط الالتزام المقابل الذى كان فيه هذا المدين دائئاً ، فيتحمل المدين التبعة من هذه الجهة . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى النسخ .

(٢) [وقد قضى بأن الحادث العارض الذى يجعل التنفيذ مرهقاً للملتزم فحسب (كارتفاع أمان المبيعات موضوع عقد التوريد ارتفاعاً باهظاً) لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام وإبراء ذمة الملتزم منه ، فإذا كان الحكم المستأنف قد انتهى إلى أن الحرب الكورية ليست قوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام بتوريد سكر من فورموزا مستحيلاً استحالة مطلقة ، استناداً إلى ما أبناه الملتزم من استعداده لتوريد السكر على الالتزام بسعر مرتفع ، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون . (استئناف القاهرة فى ٢٨ / ١١ / ١٩٦١ - المجموعة الرسمية (٦٠) رقم ٢٦ ص ١٩٧)] .

وقضت محكمة النقض بأن الالتزام القسدى لا ينفسخ إلا إذا أصبح الوفاء به مستحيلاً استحالة مطلقة بسبب قوة القاهرة أو حادث جبرى طارئ لا قبل للمدين برفضه أو توقيفه وأن يكون ذلك بسبب أجنبي عنه وإذن ففى كان المدين قد تعهد بتوريد مقدار معين من القرفة إلى إحدى الجهات الحكومية وكانت القرارات التى أصدرتها وزارة التموين لإبان التعاقد ، بالاستيلاء على هذه القرفة لم تكن عامة بل تناولت كميات معينة منها وفى بعض الجهات دون بعضها ، فإنه لم يكن من المستحيل على المدين استحالة مطلقة تنفيذ تعهده . =

الخسارة بين المدين والدائن ويحصل المدين شيئاً من تبعة الحادث^(١) .

والإرهاق الذى يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، بل يتغير بتغير الظروف . فإى يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر . وما يكون مرهقاً لمدين فى ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين فى ظروف أخرى . والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة . فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى ، فإن التعامل مكسب وخسارة^(٢) .

وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفة التى أبرم فى شأنها العقد^(٣) . فلو أن المدين تهدته خسارة من جراء هذه الصفة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، كانت الخسارة فادحة

== وسيان بعد ذلك أن يكون هذا التنفيذ قد أضره أو لم يضره خصوصاً إذا كان التعاقد قد تم فى ظل قيام الأحكام العرفية وفقاً للقانون الذى أجاز للسلطة القائمة على إجرائها الاستيلاء على المواد التموينية وبعد صدور مرسوم بتنظيم أوامر الاستيلاء التى تصدر بموجب القانون المذكور ، مما يجعل أوامر الاستيلاء متوقعة الحصول من وقت لآخر ، وينتفى منه القول بقيام القوة القاهرة : تقضى مدنى ١٠/١١/١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٩ م ١٤٧٣] .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة ، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها ، فمن الأهمية بمكان أن نستبين وجوه التفرقة بين النظريتين . فالطوارئ غير المتوقعة تنفصل مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم . لكنه يفرق عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام . فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً ، بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة . ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يحصل بالجزء . فالقوة القاهرة تقضى إلى انقضاء الالتزام ، وعلى هذا النحو يتصل الدائن بتبطلها كاملة . أما الطوارئ غير المتوقعة فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المقول ، وبذلك يتقسم الدائن والمدين تبته » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ م ٢٨١) .

(٢) [قارن سليمان مرقس : نظرية العقد (طبعة ١٩٥٧) فقرة ٢٧١ م ٣٤٣ — ومصادر الالتزام (طبعة ١٩٦٠) فقرة ٢٧٤ م ٣٦٢ — ٣٦٣ . وانظر تقضى ٢١ مارس ١٩٦٣ — السابق الإشارة إليه — مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٥ م ٣٤٧] حيث قضى بأن الخسارة المألوفة فى التعامل لا يستند بها لأن نص المادة ١٤٧/٢ يستلزم فى الإرهاق الذى يصيب المدين فى تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة . وانظر عبد الحى حجازى المصادر — طبعة ١٩٦٢) بند ٣٦٨ م ٥٨٣ حيث يقرر أن اضماد الرغ أو قصه لا يعد خسارة فادحة] .

(٣) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المسك المعلوم فيه لم يجاوز ، وهو بصد بحث شرائط نظرية الحوادث الطارئة ، الطلاق الواجب التزامه فى تحقيق شرط الإرهاق للهدد بالخسارة الفادحة المشتري ، ==

حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروته^(١). نعم إن ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة، فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة، ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة، ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التي أصبحت مرهقة، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين. فإذا تعاقد الفرد مع الحكومة، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة إليه، فللحكومة أيضاً أن تتمسك قبله بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التي عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة في ذاتها، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة إذ هي شيء هين بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة: بل إن الإرهاق لا ينتفي حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها. فإذا التزم تاجر بتوريد قمح، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح، ثم علا سعر القمح لحادث طارئ. أضعافاً مضاعفة، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها في الصفقة التي أبرمها. أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو، ولا شأن للدائن به. ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المقودة، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين^(٢).

== إذ نظر إلى الصفقة ذاتها، مدلاً من ظروفها وملابساتها على انتفاء ذلك الشرط، وكان ما قرره في شأن عدم تأثر الصفقة المتنازع عليها بالظروف الاستثنائية بما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فإنه لا يمكن التمسك عليه بأنه قد خالف القانون (نقض مدني ١٢/١٢/١٩٦١ — مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٥ ص ٧٥٢) — كما قضت بأن تقدير شرط الإرهاق منوط بالاعتبارات الموضوعية للصفقة ذاتها: نقض مدني ١٠/٥/١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٥ ص ٦٢٩] .

(١) [ذلك بأن الخسارة الفادحة لا يقصد بها الخسارة التي تؤدي إلى خراب المدين: انظر عبد الحمي حجازي بند ٣٦٨ ص ٥٨٢ و ٥٨٣ وهامشها] .

(٢) انظر في هذا المعنى بلانول وريير وإسمان ١١ قرة ٣٩٧ ص ٥٥٦ . [وعبد الحمي حجازي بند ٣٦٧ ص ٥٨١ وهامشها وبند ٣٦٨] .

٤٢١ - **الجزء في نظرية الظروف الطارئة** : إذا توافرت الشروط المتضمنة الذكر ، « جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المبرق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » ^(١) . وكان المشروع النهائي للتقنين الجديد ينص على أن القاضي « ينقص » الالتزام المبرق إلى الحد المعقول . ولما كان الإقصاء لم يقصد به الإقصاء المادي وإنما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه ، قد رأت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، توخياً للدقة في تحرير هذا المبنى ، أن تعدل نص المشروع النهائي ، فيصبح على القاضي أن « يرد » الالتزام المبرق إلى الحد المعقول ^(٢) . وهذا التعديل قد أزال كل شك في أن القاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه . فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضي إقصاء الالتزام المبرق ، ولا زيادة الالتزام المقابل ، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ . وقد يرى زيادة الالتزام المقابل . وقد يرى إقصاء الالتزام المبرق .

قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير ^(٣) . مثل ذلك أن يتمهد مقاول بإقامة مبنى ، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب افتتاح باب الاستيراد ، فيقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه ، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاب ، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى ^(٤) .

(١) هذه هي العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني الجديد .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٤ - ص ٢٨٦ - أظن أيضاً أنها فقرة ٤١٤ (في الحاشية) .

(٣) بلانول وريير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ .

(٤) قارب من ذلك نظرة الميسرة المنصوص عليها في المادة ٣٤٦ فقرة ثانية .

وقد يرى القاضى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المهرق . وقد ضرب لذلك مثل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ : « تعهد تاجر بأن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب ، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات ، فيرفع القاضى السعر الوارد العقد »^(١) . ولكن يلاحظ هنا أمران : (الأمر الأول) أن القاضى لا يرفع السعر الوارد فى العقد إلى أربعة جنيهات ، وإلا كان فى ذلك تحميل للطرف الآخر ، ليس لحسب تبعة الارتفاع الفاحش للأسعار بأكمله ، بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف . والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يتحملة المدين ، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوف . فإذا فرضنا فى المثل الذى نحن بصدده أن الارتفاع المألوف فى سعر الشعير هو عشرون قرشاً ، وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار دون أن يشترك معه فيه الطرف الآخر . وما زاد على ذلك — ويبلغ فى مثلنا ثلثمائة وعشرين قرشاً — هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضى بين المتعاقدين ، حتى يتحمل كل منهما نصيبه فى الخسارة غير المتوقعة ، فيصيب المتعهد منه مائة وستون قرشاً . ويرفع القاضى السعر ، ومقداره ستون ، بنصف الزيادة غير المألوفة ومقداره مائة وستون ، فيصل إلى مائتين وعشرين . وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلاً من السعر المتفق عليه . (والأمر الثانى) أن القاضى عند ما يرفع السعر من ستين إلى مائتين وعشرين ، لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر ، بل يخيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد . فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين ، إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارىء .

وقد يرى القاضى إقصاء الالتزام المهرق . مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسمية الرسمية . ثم يقل للتداول فى السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارىء : حرب منعت استيراد السكر ، أو إغلاق بعض مصانع السكر ، أو نحو ذلك . فيصبح من السير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها . فيجوز فى هذه الحالة للقاضى أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار

الذى يراه ، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المقول . فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التى عينها القاضى لا أكثر ، وجرى حكم المقدم بهذا التعديل بين الطرفين . فيجوز لمصنع الحلوى أن يتقاضى الالتزام عيناً أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة . ويجوز له كذلك ، إذا امتنع التاجر عن تنفيذ التزامه المعدل ، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض . وإذا كان الالتزام المرقق ثمن مبيع ، جاز للقاضى إقصاه أو إقصاء فوائده ، أو إسقاط هذه الفوائد ، أو مدد الآجال التى يدفع فيها .

ويلاحظ فى حالتى إقصاء الالتزام المرقق وزيادة الالتزام المقابل أن القاضى لا يرد الالتزام إلى الحد المقول إلا بالنسبة إلى الحاضر ، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف . فقد يزول أثر الحادث الطارئ ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل ، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل ^(١) .

وإذا جاز للقاضى أن يقف تنفيذ الالتزام المرقق أو ينقص منه أو يزيد فى الالتزام المقابل ، فإنه لا يجوز له فسخ العقد ^(٢) . ذلك أن النص لا يحمل له إلا أن « يرد الالتزام المرقق إلى الحد المقول » . فالالتزام المرقق يبقى ولا يتقضى ، ولكن يرد إلى الحد المقول . فتتوزع بذلك تبعات الحادث الطارئ بين المدين والدائن ، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك ^(٣) . أما التقنين البولونى فقد أجاز للقاضى فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك ، كما يتبين من نص المادة ٢٦٩ من هذا القانون وقد مر ذكرها . وبمالم التقنين الإيطالى المسألة بطريقة أخرى . فهو يقضى — كما

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ س ٥٥٨ .

(٢) [ومن باب أولى لا يجوز للمتعاقد أن يستقل بفسخ العقد بحجة أن ظروفه طرأت جعلت تنفيذ العقد مرهقاً له (قضى ٢٤ يناير ١٩٥٧ — مجموعة أحكام القضاء ٨ رقم ١١ س ١٩٨) .

(٣) وقد قيل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ « إن أساس النظرية هو تضيعة من الجانبين ، وليس إخلاء أيهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة ، لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٢٨٤ — وانظر أيضاً فقرة ٤١٤ فى الهامش) .

رأينا من نص المادة ١٤٦٧ من هذا التقنين — بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق ، ولكن يجعل للمتعاقد الآخر الحق في أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة . وقد أراد التقنين الإيطالي بالطريقة التي اختارها أن يجعل تعديل العقد من عمل للمتعاقد لا من عمل القاضي ، ولكنه يفرض عليه هذا التعديل عن طريق تهديده بفسخ العقد^(١) .

ويبقى أن نلاحظ في شأن الجزاء الذي قرره التقنين المصري الجديد لنظرية الظروف الطارئة والطارئة أمرين : (١) هو أنه مع مرونته يعتبر من النظام العام . فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه . وقد صرح النص بهذا الحكم إذ قال : « ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك »^(٢) . (٢) أن مهمة القاضي في توقيع هذا الجزاء اللزوم تختلف عن مهمته

(١) والجزاء الذي جعله التقنين المصري الجديد لنظرية الظروف الطارئة — وهو رد الالتزام المرهق إلى الحد المقبول — هو كما نراه جزء من ييسر على القاضي أن يالج كل حالة بحسب ظروفها الخاصة مع اللوازنة بين مصلحة الطرفين . ولم يجعل التقنين معيار النظرية ذاتياً ، بل جعله معياراً موضوعياً يحد من تحكم القاضي . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحة تقتضيها العدالة ، فهي تستهدف للتقيد باعتبارها مدخلاً لتحكم القاضي . بيد أن المشروع قد جهد في أن يكفل لها نصيباً من الاستقرار ، فأضنى عليها صفة مادية تجعل أثرها في تعديل الطارئ غير المتوقع وفي أعمال الجزاء التي ترتب على قيمه . فلم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء بقدره تقديرأ ذاتياً أو شخصياً ، كما فعل القانون البولوني في نصه على إثبات خيار المحسنة في هذا الصدد إذا رأيت ضرورة لذلك ، بل اتخذ المشروع من عبارة « إن اقتضت العدالة ذلك » ، (وقد استبدل بها في لجنة المراجعة عبارة « تبناً للظروف » وهي لا تقل في الموضوعية) بدلاً من هذا النص ، وهي عبارة تحمل في ثناياها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعي الرعة . وفصلاً عن ذلك فإذا ثبت القاضي من قيام الطارئ غير المتوقع ، وعدم إعمال الجزاء بإقتضائهم الالتزام الذي أصبح يجاوز السمة ، فهو ينتص منه إلى « الحد المقبول » ، وهذا قيد آخر مادي الصبغة لا نظير له في التقنين البولوني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠ — ص ٢٨١) .

(٢) وقد اقترحت هذه الإضافة لجنة المراجعة ، وروعى في إثباتها أن الجزاء قد يشدو صورياً لاقية له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه ، فيستطيع المتعاقد التزوي بأن يمل شرط المخالفة دائماً على المتعاقد الضعيف ، وهذا ضرب من الإذعان تفاداه التقنين الجديد بهذا النص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) . وإذا كان التقنين الجديد قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين ثبته القوة القاهرة (٢١٧ م ٢) ولم يبح الاتفاق على أن يتحمل المدين ثبته الحادث الطارئ . وهو أقل خطراً من القوة القاهرة ، فذلك لأن الاتفاق على تحمل المدين ثبته القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم =

المألوفة . فهو لا يقتصر على تفسير العقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله ^(١) .

٤٢٢ - تطبيقات تسريعية لنظرية الظروف الطارئة في القانون الجبرم : ولم يقتصر

التقنين الجديد على إيراد نص عام يقرر فيه نظرية الظروف الطارئة ، بل أورد إلى جانب هذا النص العام نصوصاً أخرى تطبق النظرية في حالات خاصة .

ومن هذه النصوص نصان لم يستحدثهما التقنين الجديد ، بل كان التقنين القديم يشتمل عليهما ، نص في نظرية الميسرة ^(٢) ، والآخر في جواز تخفيض أجر الوكيل ^(٣) .

واستحدث التقنين الجديد نصوصاً أخرى ، سبقت الإشارة إليها ، وهي تطبيقات صريحة لنظرية الظروف الطارئة . من ذلك ما نراه في عقد الإيجار ^(٤) ، وفي عقد

== المدين عليه مضطراً ، أما الاتفاق على تحميل المدين لتجبة الحادث الطارئ فمأمورة قد تهون حالة الاضطراب الإقحام عليها [فارتن سليمان مرقس] نظرية العقد فقرة ٢٧٣ (ومصادر الالتزام بند ٢٧٦) هذا ويجوز للمدين المرحق ، بعد وقوع الحادث الطارئ ، أن يتفق مع دائته على ما يخالف هذا الجزاء ، إذ الاتفاق عندئذ لا يحاط بشبهة الضغط على المدين . فيجوز للمدين إذن أن يتزل عن حقه في التمسك بالحادث الطارئ وأن يتعهد بوفاء التزامه كاملاً غير منقوص .

(١) وفي هذا نقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويراعى أخيراً أن تطبيق نظرية الطوارئ غير المتوقعة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضى من حدود المؤلف في رسالته ، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) .

(٢) تنص المادة ٣٤٦ فقرة ٢ من التقنين الجديد على أنه « يجوز للقاضى في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل مقبول أو آجال ينفذ فيها التزمه ، إذا استدعت حاله ذلك ولم يلحق الفائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » . وهذا النص قد يكون في بعض صورته تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة إذا وقع القاضي تنفيذ العقد لحادث طارئ ، وقد مررت الإشارة إلى ذلك .

(٣) تنص المادة ٧٠٩ فقرة ٢ من التقنين الجديد على أنه « إذا اتفق على أجر الوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى » . وهنا أيضاً قد يكون هذا النص في بعض صورته تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة إذا جدد بعد إبرام الوكالة حادث طارئ . يبرر تخفيض أجر الوكيل أو زيادته .

(٤) تنص المادة ٦٠٨ من التقنين الجديد على أنه « إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سيره غير مرهقاً » ، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يوضع الطرف الآخر تمويضاً عادلاً » . وتنص المادة ٦٠٩ على أنه « يجوز للدوئل أو المستخدم إذا انقضى عمله أن يثير على لفظه أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا =

المقالة (٣)، وفي حق الارتفاق (٣).

وهذه الحالات الخاصة يجب أن تخضع للنصوص التشريعية التي وردت في شأنها ، حتى لو خرجت هذه النصوص على القواعد المقررة في نظرية الظروف الطارئة . من ذلك أنه لا يشترط في أكثر هذه الحالات أن يكون الحادث الطارئ حادثاً عاماً ، بل يجوز أن يكون حادثاً شخصياً . ومن ذلك أيضاً أن الجزء في أكثر هذه الحالات قد يصل إلى حد فسخ العقد .

٤٢٣ — سريانه **الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من ميث الزمانه** : وقد رأينا فيما قدمناه أن التقنين القديم لم يكن يشتمل على نص في نظرية الحوادث الطارئة ، وأن التقنين الجديد هو الذي استحدث هذا النص . ولما كان النص جديداً ، وجب البحث عن مدى

الإيجار معين المدة ، على أن تراعى الموعد المبينة في المادة ٥٦٣ ، ويقم باطلا كل اتفاق على غير ذلك . وتنص المادة ٦٠١ على أنه « إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موثرهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة ٥٦٣ . وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من موت المستأجر » . أنظر أيضاً م ٦١٦ فقرة ٢ في إيجار الأراضي الزراعية — ويلاحظ أن الحوادث الطارئة في هذه الحالات جميعها هي حوادث شخصية لا عامة .

(١) تنص المادة ٦٥٨ فقرة ٢ من التقنين الجديد على أنه « إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه تقدير المال لمقدار المقاول ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » — ويلاحظ هنا أن الحادث الطارئ هو حادث استثنائي عام ، كما تقتضيه بذلك نظرية الحوادث الطارئة ، ولكن النص أجاز للقاضي فسخ العقد على خلاف مانقضى به هذه النظرية .

(٢) تنص المادة ١٠٢٣ فقرة ٢ من التقنين الجديد على أنه « إذا كان الموضع الذي عين أصلاً (لاستعمال حق الارتفاق) قد أصبح من شأنه يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مناساً من لإحداث تحسينات في المقار المرتفق به ، فلما لك هذا المقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر أو إلى عقار آخر على أنه أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لملك المقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق » . وتنص المادة ١٠٢٩ على أن « لملك المقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للمقار المرتفق أو لم يبق له غير قائمة معدودة لا تتناسب ألبتة مع الأعباء الواقعة على المقار المرتفق به » . أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و ١٠٢٥ — وهنا الحادث الطارئ هو حادث شخصي لا حادث عام .

سريانه من حيث الزمان لأهمية ذلك من الناحية العملية . ونعيز في هذا الصدد بين أحوال ثلاث :

الحالة الأولى — عقد أبرم وينتهى تنفيذه قبل نفاذ التقنين الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) : لا شك في أن القانون القديم هو الذى يسرى على هذا العقد ، فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة في شأنه ، وهذا ما كان القضاء يجرى عليه في ظل التقنين القديم .
الحالة الثانية — عقد أبرم بعد نفاذ التقنين الجديد : لا شك هنا أيضاً في أن التقنين الجديد هو الذى يسرى ، وتطبق في شأن هذا العقد نظرية الحوادث الطارئة على النحو الذى فصلناه .

الحالة الثالثة — عقد أبرم قبل نفاذ التقنين الجديد وترأخى تنفيذه إلى ما بعد نفاذ هذا التقنين . كانت قاعدة استمرار القانون القديم (survie de la loi ancienne) تقضى بسريان التقنين القديم على هذا العقد ، فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة^(١) . ولكن لما كانت أحكام هذه النظرية تعتبر من النظام العام كما قدمنا ، فإنها تسرى بأثر فوري (effet rétroactif) على وقائع التنفيذ التى تستجد منذ نفاذ التقنين الجديد ، ولا تسرى بأثر رجعى (effet rétroactif) على وقائع التنفيذ التى تمت قبل نفاذ هذا القانون^(٢) .

(١) والأصل أن العقد يحكمه القانون الذى اعتقد في ظله ، سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره أو من حيث انقضاؤه . حتى أنه لو تكون العقد في ظل قانون معين ، ثم أنتج أثره أو انقضى في ظل قانون آخر ، فقانون العقد هو القانون الأول ، ويستبعد القانون الجديد في تطبيقه الرجعى (rétroactif) وفي تطبيقه الفورى (immédiat) على السواء (أنظر روبييه (Roubier) في تنازع القوانين من حيث الزمان) ص ٥٦٥ — وانظر في سريان التشريع الجديد على العقود الزمنية وأولمده رسالة الدكتور عبد الحمى حجازي في عقد المدة ص ١٤٣ — ص ١٤٧) .

(٢) القاعدة: أنه إذا كان القانون الجديد معتبراً من النظام العام ، طبق بأثر فوري — لا بأثر رجعى — على الحوادث التى تستجد من وقت سريان هذا القانون — مثل ذلك أن يسل القانون جديد من السر الاضاقى للعائدة ، فيسرى السر الجديد حتى على العقود التى أبرمت قبل سريان قانون الجديد ، ولكن بالنسبة إلى القوائد التى تستحق منذ سريان هذا القانون . أما القوائد التى استحدثت قبل ذلك ، فلا يسرى عليها القانون الجديد. بأثر رجعى (أنظر هذا المعنى المذكورة الإيضاحية للمسروع التهديد فى صدد تخفيض =

البحث الثاني

المسئولية العقدية (جزء المقد)*

(La Responsabilité Contractuelle)

== السمر الاتفاق (من ٨ ٪ إلى ٧ ٪) : مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٨٥٤ — وانظر عكس ذلك محكمة النقض الفرنسية ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ جازيت دي باليه في ٢ مارس سنة ١٩٤٣ وقد أشير إلى هذا الحكم في رسالة الدكتور عبد الحى حجازى من ١٤٧) .

[وانظر فى للمنى الذى يقول به : أنور سلطان مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٥ فترة ٣١٥ من ٣٢٦ وطبعة ١٩٦٢ فترة ٣٢٧ من ٣٨٣ — ٣٨٤ وهامشها — وانظر عكس ذلك وأن أحكام التقنين الجديد لا تسرى حتى على وقائع تنفيذ العقد التى تستجد منذ قضا التقنين الجديد : حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ فترة ٣٤٧ من ٣٢١ — سليمان مرقس : المصدر طبعة ١٩٦٠ فترة ٢٧٧ من ٣٦٦ — عبد النعم فرج الصدة فترة ٢٩٩ من ٣٤٢ — وانظر فى أن المرة ليست بتاريخ إبرام العقد بل بتاريخ طرؤه الحادث فإن طرأ بعد قضا التقنين الجديد سرت أحكام هذا التقنين وإلا لم تسر : عبد الحى حجازى — مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٢ فترة ٣٧٥ من ٥٩٢] .

(*) بعض المراجع : ملاز فى المسئولية المدنية التصديرية والعقدية — سافانيه فى المسئولية المدنية — بنكاز (ملحق بودرى) جزء ٢ — دمج فى الالتزامات جزء ٦ — بلانول وريير وإسمان جزء ١ — نبوييه مذكرات لقسم الدكتوراه — هنرى ملاز مذكرات لقسم الدكتوراه — جرانغولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ — مينيه (Meynié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ — فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ — مارى مادلين ديفور (Marie-Mad. Dufort) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — رينولت (Renault) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — أميو (Amiot) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٥ — رابيت (Rabut) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٦ — ليفير (Lefebvre) مقال فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ — إميل بيكيه (Emile Becqué) مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٤ من ٢٥١ — ٣٢٠ — كروزيل (Crouzel) مقال فى المجلة العامة سنة ١٩٢٦ من ١١ و ٦٥ — هنرى ملاز مقال فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ من ٥٥١ — إسمان مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٣٣ من ٦٢٧ وما بعدها — فيني (Vigny) مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٣٥ من ٤٢ وما بعدها — بيندكس (Beindix) مقال فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ من ٦٥٧ — جاردينا (Gardenat) تطبيق فى الأسبوع القانونى (Sem. Jur.) ١٩٣٩ من ١ — ١٠٢ — تونك (Tunc)، مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٤٥ من ٣٣٥ وما بعدها — صليب سامى مقال فى المحاماة سنة ١٢ عدد ٩ — نصيف زكى مقال فى المحاماة سنة ١٣ عدد ٢ — نظرية العقد للمؤلف فترة ٨٤٨ وما بعدها — حلى بهجت يدوى فترة ٢٨٦ وما بعدها — [حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ فترة ٣٤٩ وما بعدها — سليمان مرقس المصادر طبعة ١٩٦٠ فترة ٣٧٩ وما بعدها — أنور سلطان الصادر طبعة ١٩٦٢ فترة ٣٢٩ من ٣٨٥ وما بعدها — عبد النعم فرج ==

٤٢٤ — نطاق المسؤولية العينية^(١) : المسؤولية العقدية تقابل المسؤولية التصهيرية . فالأولى جزاء العقد ، والثانية جزاء العمل غير المشروع . ويعني هنا المسؤولية العقدية ، أما المسؤولية التصهيرية فتكون محل البحث عند الانتقال إلى العمل غير المشروع كصدر للالتزام .

وقيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه ففي هذه الحالة تقول الفقرة الأولى من المادة ١٩٩ : « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ : « يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً » . فإذا أمكن التنفيذ العيني — وطلبه الدائن — أجبر المدين عليه . وإلى هنا لا تقوم المسؤولية العقدية ، إذ نحن في صدد التنفيذ العيني للالتزام لا في صدد التمويض عن عدم تنفيذه . أما إذا لم يمكن التنفيذ العيني — أو أمكن ولكن الدائن طلب التمويض ولم يبد المدين استعداده للتنفيذ العيني — ففي هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يحكم بالتمويض إذا توافرت شروطه ، جزاء عدم تنفيذ الالتزام . وهنا تقوم المسؤولية العقدية . فالدائن يطالب المدين بالتمويض . فعلى القاضى أن يبحث هل للمدين مسئول حقاً عن عدم تنفيذ التزامه العقدى . وتجب المادة ٢١٥ — وهى نص جوهرى فى كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التصهيرية ومن ثم وضعت فى الباب المقود لآثار الالتزام — بأنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتمويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يذله فيه » . فإلى إذن الأركان التى تقوم عليها المسؤولية العقدية ؟ وما هى الآثار التى تترتب عليها إذا قامت أركانها ؟ هذه هى فى إيجاز المسائل التى تشتمل عليها المسؤولية العقدية .

==الصدقة ٣٠٢ من ٣٤٤ وما بعدها— حين عامر فى المسؤولية المدنية التصهيرية والعقدية سنة ١٩٥٦ وفى القوة الملزمة للعقد سنة ١٩٤٩ — جاستون ستيفانى — مذكرات لقسم الدكتوراه جامعة القاهرة سنة ١٩٤٥ — ١٩٤٦] .

(١) سنجد بالتفصيل نطاق المسؤولية العقدية عند مقابلتها بالمسؤولية التصهيرية (أنظر ما يلى فقرة ٥١٣) .

ويقين مما تقدم أن المسؤولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام العقدي^(١). وهى أيضاً لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد استحال تنفيذه بسبب أجنبي. وإنما تتحقق المسؤولية العقدية إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي تنفيذاً عينياً ولم يستطع أن يثبت أن التنفيذ قد استحال بسبب أجنبي.

٤٢٥ — تَسْتَمَسُّ مسائل المسؤولية العَقْدِيَّة — غَطَرُ البحث: ومسائل المسؤولية العقدية على النحو الذى بسطناه موزعة فى أمكنة متفرقة ونحن نلم شتاتها هنا. ولكننا مع ذلك نترك الكلام فى التمييز بينها وبين المسؤولية التقصيرية، وهل تتعدد المسئولتان، وهل تجوز الخيرة بينهما إذا تعددتا، إلى باب العمل غير المشروع. ونترك كذلك الكلام فى تقدير التعويض تقديراً قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً، وما يسبق استحقاق التعويض من إعدار، إلى الجزء الذى نتناول فيه الكلام فى آثار الالتزام^(٢).

ويبقى بعد ذلك من مسائل المسؤولية العقدية أركانها وآثارها كما قدمنا. لكننا — توجهاً للإيجاز — سندمج آثار المسؤولية العقدية فى أركانها، على خلاف الخطة التى سنجمها فى المسؤولية التقصيرية إذ يقتضى المقام هناك الإسهاب والتبسط^(٣). وأركان المسؤولية العقدية — كأركان المسؤولية التقصيرية — ثلاثة: (١) الخطأ العقدي. (٢) الضرر. (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر. ونبحثها الآن ركناً ركنًا.

(١) ويرتب على ذلك ألا قيام للمسؤولية العقدية إذا كان محل الالتزام العقدي هو دفع مبلغ من التوعد بالتنفيذ العيني هنا ممكن دائماً، ولا محل للمسؤولية العقدية (بلايول وريير وبولانيه ٢ فقرة ٦٨٧).

(٢) [اضل الوسيط ج ٢ ص ٨٢٦ فقرة ٤٦٢ وما بعدها].

(٣) ونبه إلى أن كثيراً من أحكام المسؤولية التقصيرية تسرى على المسؤولية العقدية. ونستطيع أن نقرر بوجه عام أن كل ما سيقال فى المسؤولية التقصيرية ينطبق على المسؤولية العقدية إلا إذا تناقض مع القواعد الخاصة التى تقررها فى المسؤولية العقدية. فن المسائل التى تتحد فيها أحكام هذين النوعين من المسؤولية: علاقة السببية والسبب الأجنبي — السبب المنتج والسبب المباشر — دعوى المسؤولية — تقدير الضرر — التأمين من المسؤولية الخ الخ.

المطلب الأول

الخطأ العقدي

(La faute contractuelle)

٤٢٦ - مسائل ثلاث : الأصل أن يكون المدين مسئولاً عن خطأه الشخصي . ولكنه قد يكون مسئولاً عن عمل الغير أو عن الأشياء التي في حراسته ، كما هو الأمر في المسؤولية التقصيرية . وقد تعدل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

فنحن نبحت إذن مسائل ثلاثاً : (١) الخطأ العقدي في مسؤولية المدين عن عمله الشخصي . (٢) المسؤولية عن الغير أو عن الأشياء . (٣) تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

§ ١ - الخطأ العقدي في مسؤولية المدين عن عمله الشخصي

٤٢٧ - مذهب الخطأ العقدي : نبادر إلى القول بأن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد . فالمدين قد التزم بالعقد ، فيجب عليه تنفيذ التزامه . والنصوص كثيرة في هذا المعنى . تقول المادة ١٤٧ ققرة أولى : «العقد شريعة المتعاقدين» وتقول المادة ١٤٨ ققرة أولى : « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه » . وتقول المادة ١٩٩ ققرة أولى : (ينفذ الالتزام جبراً على المدين) . وتقول المادة ٢٠٣ ققرة أولى : (يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً)^(١) . وتقول المادة ٢١٥ : (إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه) .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن التنفيذ المعيني للالتزام هو الأصل . والردول عنه إلى التعويض النقدي هو رخصة لناضي الموضوع يستخدمها كلما رأى في التنفيذ المعيني لإرهاقاً للمدين وبشرط ألا يلحق ذلك ضرراً جسيماً بالفائز : قضى مدني ١٤/٤/١٩٥٥ - مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩٦٩] .

فإذا لم يقم المدين في القيد بالالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي . ويستوى في ذلك أن يكون عدم قيام الدين بالالتزام ناشئاً عن عده ، أو عن إهماله ، أو عن فعله (أى دون عمد أو إهمال)^(١) . بل إن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام الدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة . ولكن يلاحظ في هذه الحالة الأخيرة أنه إذا تحقق الخطأ العقدي ، فإن علاقة السببية — وهي ركن في المسؤولية العقدية — تنعدم ، ولا تتحقق المسؤولية على ما سنرى . وعلى هذا الوجه يبنى فهم المادة ٣٧٣ ، وهي تنص على أنه « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » . فاقضاء الالتزام هنا إنما يكون نتيجة لاستحالة تنفيذه عتياً ولعدم تحقق المسؤولية العقدية بانعدام أحد أركانها .

ويتبين مما قدمناه أن الخطأ العقدي ليس هو إلا عدم قيام المدين بالالتزام الناشئ عن القيد ، أيًا كان السبب في ذلك^(٢) .

٤٢٨ — نوعان من الالتزامات : الالتزام بتحقيق غاية والالتزام بنقل عبء :
ولكن يجب في هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزامات .

فهناك التزام تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام . فالالتزام بنقل حق عيني — أيًا كان محل الحق — والالتزام بعمل معين — تسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك — والالتزام بالامتناع عن عمل معين ، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة ، هي هل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل ، فتفنيدها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية . فإذا لم يتحقق الغاية — أيًا كان السبب في ذلك — بقي الالتزام غير

(١) [وإن كان الخطأ العمدى يجعل المدين مسئولاً حتى عن الضرر غير المتوقع . انظر حشمت أبوستيت ص ٣٥٦ هامش ٢] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر في ذاته خطأ موجباً للمسئولية التي لا يدبرها عنه إلا إنبات القوة القاهرة أو خطأ الفائت : قضى مدني ١٠ مارس ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠١ ص ٧٦٣] .

[وانظر الدكتور حشمت أبوستيت طبعة ١٩٥٤ بند ٣٥٤] .

منفذ . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام في الفقه الفرنسي بعبارة (obligation de résultat) ، ونسميه نحن « الالتزام بتحقيق غاية »^(١).

وهناك التزام لا يرمى إلى تحقيق غاية معينة ، بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض ، تحقق الفرض أو لم يتحقق . فهو إذن التزام بعمل ، ولكنه عمل لا تضمن نتيجه . والمهم فيه أن يبذل المدين لتبتيه مقداراً معيناً من العناية . والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادي ، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . ففى بذل المدين العناية المطلوبة منه ، يكون قد نفذ التزامه ، حتى لو لم يتحقق الفرض المقصود . فالمتأجر يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ٥٨٣ قرة أولى) . وعلى المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (٦٤١م قرة أولى) . وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في

(١) انظر في التمييز بين الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة : ديوج بند ١٢٢٧ في الجزء الخامس وبند ٥٩٩ في الجزء السادس — ومقال مازو في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٦ ص (١) وما تبعها — مقال توماس في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٤٦٠ وما بعدها — توتك في الطبعة الخامسة من مطول مازو في المسؤولية ج١ بند ٦٦٢ ص ٧٢٧ — ومقال له في جوريس كلاسير الدورية سنة ١٩٤٥ — ١ — ٤٤٩ . اميليو بيني : الالتزامات في القانون المدني المقارن — دروس للدكتوراه بجامعة القاهرة ١٩٥٧ / ١٩٥٨ (طبعة ميلانو ١٩٥٨ باللغة الفرنسية) ص ٣١ وما بعدها — مارتى ورينو ج٢ بند ٤٦٨ و ٤٦٩ ص ٥٠٣ — ٥٠٤]

[وقد قضت محكمة النقض بأن عقد نقل الأشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الركاب ، بمعنى أن يكون ملتزماً بوصفه إلى الجهة المتفق عليها سلباً ، وهو التزام بتحقيق غاية بحيث إذا أصيب الركاب فإنه يمكن أن يثبت أنه أصيب أثناء تنفيذ عقد النقل ويقتض هذا منته إبانة لعدم قيام الناقل بالتزامه . ومن ثم تقوم مسؤولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه . ولا ترتفع مسؤولية الناقل عن سلامة الركاب إلا إذا أثبت الناقل — أن الضرر الحاصل للراكب قد نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من الضرور أو عن خطأ من الغير ، على أنه يشترط في تحقق الغير الذي يفي بالتسائل من المسؤولية إعفاء كاملاً ألا يكون في مقدور الناقل توقعه أو تخاذه وأن يكون هذا الخطأ وتجاهه هو سبب الضرر : قضى مدني في ٢٦/٤/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٧٩ ص ٥٢٧]

ذلك أزيد من عناية الرجل المتعاد ، أما إذا كانت الودعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الودعة عناية الرجل المتعاد (م ٧٣٠) . وإذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المتعاد ، فإن كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المتعاد (م ٧٠٤) . وقد عرضت المادة ٢١١ لهذا النوع من الالتزام في عمومها ، فنصت على ما يأتي : « ١ — في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الفرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره . ٢ — وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم »^(١) . وقد اصطلاح على تسمية هذا النوع من الالتزام

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٨ من المشروع التهدي على الوجه الآتي : « ١ — في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو كان مطلوباً منه أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المتعاد ، حتى لو لم يتحقق الفرض المقصود — ٢ — ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله في شؤونه الخاصة ، متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصداً ذلك . وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » . وفي لجنة المراجعة أضيفت العبارة الآتية في آخر الفقرة الأولى : « هنا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » ، وحذف صدر الفقرة التالية اكتفاء بهذه الإضافة ، وأدخلت بعض تحويرات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما ورد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢١٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ٢١١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣١ — ص ٥٣٤) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « ترد المادة ٢٨٨ صور الالتزام بعمل إلى طائفتين جُمعتين . تنظم أولاً ما يوجب على الملتزم المحافظة على الشيء أو إدارته أو توخي الحيلة في تنفيذ ما التزم الوفاء به ، وبعبارة أخرى ما يتصل بالإلزام فيه ببلوك الملتزم وعنايته . أما الثانية فيدخل فيها ما عدا ذلك من صور العمل ، كالالتزام بإصلاح آلة . وتقتصر المادة ٢٨٨ على حكم الطائفة الأولى ، فحدد معنى العناية التي يتعين على المدين أن يبذلها في تنفيذ الالتزام . والأصل في هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذل الشخص المتعاد ، فهي بهذه المثابة وسط بين المراتب ، بناط بالألوف في عناية سواد الناس بشؤونهم الخاصة . وعلى هذا النحو يكون معيار التقدير معياراً عاماً مجرداً ، فليس يطلب من المدين إلا التزام درجة وسطى من العناية ، أيما كان مبلغ تشده أو اعتداله أو تساهله في

في الفقه الفرنسي بعبارة (obligation de moyen) أو بعبارة obligation générale de prudence et diligence ونسبته نحن «الالتزام ببذل عناية»^(١).

فإذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد ، وجب أن نميز في هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام . فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية^(٢) . والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة^(٣) .

العناية بشؤون نفسه . على أن به المتعاقدين قد تصرف إلى العدول عن هذا الميار العام المجرد إلى ميار خاص معين . ومن ذلك ما يقع في الوكالة والوديعة غير المجورة . فغالباً ما يستخلص من الظروف أن العناية التي يقصد اقتضاؤها من الوكيل أو الوديع هي عناية كل منها بشؤونه الخاصة . دون أن تتجاوز في ذلك درجة العناية الوسطى . وعلى قبح ذلك يقصد في عارية الاستعمال عادة إلى إلزام المدين ببذل ما يبذل من العناية من العناية في شؤونه الخاصة على ألا يقصر في ذلك عن درجة العناية الوسطى ، ومتى تفرقت درجة العناية الواجب اقتضاؤها من المدين ، اعتبر كل تقصير في بذل هذه العناية ، مهما يكن طفيفاً ، خطأ يربط مسؤولية المدين ، ومهما يكن من أمر فنسلم أن المدين يسأل على وجه الدوام عما يأتي من غش أو خطأ جسيم ، سواء أكان ميار العناية الواجبة معياراً عاماً مجرداً أم خاصاً معيناً (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٥٣٢ — ٥٣٣) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٢ (مطابق) اللي م ٧١٤ (مطابق) المراقى م ٢٥١ (موافق) اللبناني م ٢٥٥ (موافق) .

(١) وهذا التمييز لا يقتصر على الالتزامات العقدية . فالالتزام بعدم الإضرار بالنهر ، وهو التزام قانونى عام ، التزام ببذل عناية . والالتزام بعدم الإضرار على حساب النهر ، وهو أيضاً التزام قانونى عام ، التزام بغاية . [وانظر الدكتور سليمان مرقس — المصادر بنسب ٢٨٤ ص ٣٧٢ في التفرقة بين الالتزام بغاية والالتزام بوسيلة] .

(٢) انظر مازو ١قرة ٦٦٩ — ٢ والمواشى والمراجع المشار إليها في هذه الفقرة . وعند مازو يكون خطأ عقدياً في الالتزام بغاية ألا ينفذ المدين التزامه عمداً أو بإهماله أو بجهله . فلا توجد منطقة بين الإهمال والسبب الأجنبي هي انعدام الخطأ (absence de faute) ، وما لم يوجد سبب أجنبي فالخطأ العقدي قائم لينطبق منطقة الإهمال ومنطقة انعدام الخطأ معاً . وما يقوله الأستاذان صحيح ، بل صحيح أيضاً أن الخطأ العقدي يكون قائماً حتى مع وجود السبب الأجنبي ، فالسبب الأجنبي لا يفي الخطأ بل يفتى علاقة السببية كما هو معروف . (انظر الدكتور سليمان مرقس في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ٩٣ — ص ٩٦) — ويقول مازو إن معيار الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية هو بعينه معيار الخطأ التقصيرى ، فعدم تحقيق الغاية المتفق عليها يعد انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المتد ، وسنرى أن هذا هو أيضاً معيار الخطأ التقصيرى (مازو ١قرة ٦٦٣ — ٢) .

(٣) وقد سجلت محكمة استئناف الإسكندرية الوطنية هذا المنهج في حكم حديث لها جاء فيه ما يأتي : =

٤٢٩ — إثبات الخطأ العقدي : والأصل أن الدائن هو للكلف بإثبات الدين ، والمدين هو للكلف بإثبات التخلص منه (م ٣٨٩) . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة يكون عند ما يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه عيناً . فعلى الدائن في هذه الحالة أن يثبت مصدر الالتزام (المقد مثلاً) ، فإذا ادعى المدين أنه نفذ فعليه هو أن يثبت ذلك ، والاحكام عليه بالتنفيذ العملي . أما في إثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف : الدائن لا يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عيناً ، بل يطالبه بتعويض لعدم تنفيذ الالتزام . فالدائن هو الذي يدعى أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالبه بالتعويض . فعلى الدائن إذن يقع عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه^(١) . فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً للخطأ العقدي على النحو الذي أسلفناه . ولما كان على الدائن أيضاً أن يثبت الضرر . وكانت علاقة

== « إن الخطأ في المسؤولية التعاقدية هو بذاته واقعة الإخلال التي يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام ، وذلك طالما لم يثبت للمتزم قيام السبب الخارجي الذي يدعى به . وفي هذه الحالة يبين أن تلك الواقعة وحدها هي كل ما يتعين على طالب التعويض إثباته ، وأنه متى قام بإثباتها فإنه يكون قد أثبت الخطأ الذي ينشئ عليه مسؤولية المتلزم . أما ما يتحقق به وجود الإخلال بالالتزام حتى يمكن القول بثبوته ، فإنه بالنسبة للالتزام بنائية — ومثله كما هو مقرر فقها الالتزام الضمني في عقد القفل بسلامة الراكب في أثاثاته — ينحصر في مجرد فعل الإخلال ذاته أي عدم تنفيذ ما التزم به المتلزم ، دون نظر إلى ما قد يدعى بأنه قد بذله من جهد أو عناية أو احتياط لتحقيق الغاية التي تعهد بها ، لأن هذا إنما يكون بالنسبة للالتزام بوسيلة بحيث يقوم ثبوت الإخلال به على ما بين من سلوك المتلزم ومضايقته لا يملكه الرجل الحريص (استئناف اسكندرية في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المأمارة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١) .

[وانظر في الالتزام بضمان السلامة : رسالة الآنسة سيمون جوليه شيت (ليون ١٩٤٧) — وماري وريجو ٢ بند ٤٧٠ ص ٥٠٥] .

(١) . مازو ١ فقرة ٦٩٤ والمراجع للشار إليها في هذه الفقرة [وقارن بيدان ج ٨ بند ٥٧٨ ص ٤١٦ حيث يقرر أن للمدين هو المكلف بالإثبات في حالة طلب التعويض ويمكن الدائن أن يقدم القدر ويقرر أنه لم ينفذ] وفيها عدا حالة الالتزام بالانتجاع إذ يكون عليه أيضاً إثبات المخالفة . أما المدين فهو للزم بإثبات تنفيذ الالتزام بالعقدية أو لإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي . وفي هذا يختلف عبء الإثبات في المسؤولية العقدية عنه في المسؤولية حيث يجب على الدائن إثبات الخطأ التعديري باعتباره مصدر الالتزام [ص ٤٠٠] .

[ولعل عدم التزم الدائن بإثبات واقعة عدم تنفيذ الدائن للالتزام يرجع إلى أنها واقعة حالية] .

[وانظر حتى باج ٢٠ بند ٩٢ ص ٦١١ مـ ٦١١ مـ وانظر : ما يجاء في صحيفة ٣٤٢ ج ٢ ص ١٢٠] .

السببية ما بين الخطأ والضرر مفروضة كما سنرى ، فإن الدائن متى أثبت عدم تنفيذ الالتزام وأثبت الضرر الذى أصابه يكون قد اضطلع بما يقع على عاتقه من إثبات ، فاستحق التعويض . وهذا ما لم ينف المدين السببية المفترضة بإثبات السبب الأجنبى .

ونطبق هذه القواعد على الالتزام بغاية والالتزام بعناية .

فى الالتزام بغاية ، كالالتزام البائع بنقل ملكية المبيع ، يثبت الدائن — وهو هنا المشتري — عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه . فيثبت بذلك فى جانب البائع خطأ عقدياً ، لا يستطيع هذا أن يفيقه بإثبات أنه بذل كل ما فى وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري فلم يستطع ، لأنه ملتزم بتحقيق غاية . وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبى لنفى علاقة السببية ، وإلا فالخطأ ثابت فى جانبه ومسئوليته العقدية متحققة ، ولا قول هنا — كما كان يقال عادة — إن عدم تنفيذ البائع لالتزامه يحمل الخطأ العقدى مفروضاً فى جانبه ، بل قول إن عدم تنفيذ الالتزام هو بمينه الخطأ العقدى ، وقد أثبتته الدائن ، فليس هو بالخطأ المفروض فى جانب المدين . بل هو خطأ ثابت^(١) . وللبائع ، عندما يثبت المشتري عقد البيع ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المشتري يثبت الخطأ العقدى على النحو الذى ينهائى ، بل يقف موقفاً إيجابياً ويثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه عيناً ونقل ملكية المبيع إلى المشتري فلا محل إذن لمطالبته بالتعويض ، فنخرج بذلك من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني .

وفى الالتزام بعناية . كالالتزام الطبيب بعلاج المريض^(٢) ، يثبت المريض أن الطبيب ألزم بعلاجه — وهذا هو العقد الصريح أو الضمنى — ويثبت إلى جانب ذلك أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يئذل فى علاجه العناية المطلوبة ، بأن يثبت على الطبيب إهمالاً معيناً أو إغراقاً

(١) ساروزو ١٠ فقرة ٦٦٢ — ٢ من ٦١٩ من ٦٢٠ .

(٢) التزام الطبيب بعلاج المريض ليس التزاماً بتحقيق غاية هى شفاء المريض ، بل هو التزام يئذل العناية الواجبة فى علاج المريض وفقاً لأصول صناعة الطب .

عن أصول الصنعة . فإذا أثبت ذلك كان هذا إيجاباً لخطأ الطبيب العقدي . وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر ليستحق التعويض ، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه لالتزامه وقوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبي ، فتعتمد علاقة السببية ، ولا تتحقق المسؤولية العقدية . وللطبيب هنا أيضاً ، عندما يثبت المريض العقد ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدي ، بل ينتقل من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ المبني ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً وبذل كل العناية المطلوبة منه في علاج المريض ^(١) .

(١) انظر مازو ١ فترة ٦٦٢ وما بعدها — بلانيل وريير وإسمان ١ فترة ٣٧٧ — الدكتور سيلان مرسى في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ٨٩ — ص ٩٧ — ومع ذلك فآرن بلانيل وريير وبولانجي ٢ فترة ٦٩٩ — نظرية العقد للمؤلف فترة ٨٥١ — الدكتور حلمي بهجت بدوي فترة ٢٩٦ — فترة ٣٠٣ وفترة ٣١٥ — فترة ٣٢١ .

وأصحاب الرأي الآخر يذهبون إلى أن عبء الإثبات يقع على المدعى ، سواء كان ذلك في نطاق التنفيذ المبني أو كان في نطاق المسؤولية العقدية . فالدائن يثبت الالتزام . وعلى المدعى بعد هذا أن يثبت أنه قد قام بتنفيذه . فإن عجز عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ المبني أو بالتعويض . غير أنه في الالتزام ببذل عناية ، إذا عجز المدعى عن إثبات أنه قد قام بتنفيذ التزامه ، فالغالب أن التنفيذ المبني يصبح مستحيلاً ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض . فالمدعى في المسؤولية العقدية هو الذى يقع عليه إنبء عبء الإثبات ، أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات الخطأ التقصيرى . ويرر ذلك أن الخطأ التقصيرى هو إخلال بالتزام قانونى عام بالامتناع عن الإضرار بالنير ، ولما كان هذا الالتزام يقرب فذمة الناس كافة ، فن السعول أن قرض أنه مرعى منفذ حتى يثبت الدائن أن شخصاً بالذات لم ينفذه . أما الخطأ العقدي فهو إخلال بالتزام عقدي مترتب في ذمة مدين بالذات ، فلى هذا المدعى أن يثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات ، وإلا ألزم بالتنفيذ المبني أو بالتعويض .

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف ، فإن أثره محدود من الناحية العملية . ففي العمل يبدأ الدائن بإثبات الالتزام . ثم هو لا يتف مكتوف اليد بعد ذلك ، ينتظر حتى يثبت المدعى أنه قد الالتزام أو حتى يجز عن هذا الإثبات ، بل هو يبادىء المدعى مقدماً ما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام . والمدعى من جهته لا ينتظر حتى يفرغ الدائن من تقديم ما عنده من الأدلة ، بل يقدم بأدله هو أيضاً ليثبت أنه قد قام بتنفيذ الالتزام . وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدعى بأدله ، والقاضى يوازن ما بينهما ، ويحكم لمن ترجح أدلته أدلة الآخر . فإن كان هو الدائن ، حكم له بالتنفيذ المبني أو بالتعويض بعد أن ثبت عنده أن المدعى لم يتم بتنفيذ التزامه . وإن كان هو للمدين ، رفض طلب الدائن بعد أن ثبت عنده أن المدعى قد قام بتنفيذ الالتزام . (فآرن مازو ١ ص ٦٤٥ — ص ٦٥٣) .

٤٣٠ — نظرية مهجورة — تدرج الخطأ (gradation des fautes): وهناك نظرية

قديمة مهجورة تقسم الخطأ المقدى غير الممد إلى أقسام ثلاثة: خطأ جسيم (culpa lata) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه حتى الشخص للهمل ، وهو خطأ أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به — وخطأ يسير (culpa levis) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه شخص معتاد — وخطأ تافه (culpa levissima) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه شخص حازم حريص . وهذه النظرية تقسم أيضاً المقود إلى طوائف ثلاث : عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة ، وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم — وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار ، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير — وعقد لمنفعة المدين وحده ، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه .

وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الرومانى ، وهى ليست منه ، بل هى من خلق القانون الفرنسى القديم . نرى دوماً يرسم خطوطها الرئيسية^(١) ، ونراها مبسطة بوضوح عند بوتييه^(٢) . ولكنها هجرت فى القانون الحديث . وهى نظرية متقدمة من ناحيتين : ما تشتمل عليه من العموم ، وما تقول به من التدرج .

أما من ناحية العموم فالنظرية ليست صحيحة ، فهى لا محل لتطبيقها فى الالتزام بتحقيق غاية . وقد رأينا أن الخطأ المقدى فى هذه الطائفة من الالتزامات ليس إلا عدم تنفيذ الالتزام . فإذا لم ينفذ المدين التزامه المقدى ، ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها ، فهناك خطأ عقدى فى جانبه ، أياً كانت درجة قصيره . فقد يكون متممداً ألا ينفذ التزامه . وقد يكون مقصراً قصيراً جسيماً . وقد يكون مقصراً قصيراً يسيراً . وقد يكون مقصراً قصيراً تافهاً . بل قد لا يكون هناك أى قصير فى جانبه . فالخطأ المقدى قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه ، وهو مسئول عن خطئه فى جميع الأحوال . وقد ذهبنا إلى أبعد من

(١) القوانين المدنية : الكتاب الأول الباب الأول الفرع الثالث الفقرة الرابعة .

(٢) الالتزامات فقرة ١٤٢ .

ذلك ، فقلنا إن الدين قد يمنعه من تنفيذ التزامه سبب أجنبي كالقوة القاهرة ، ومع ذلك يبقى خطأه العقدي قائماً لأنه لم ينفذ التزامه ، وإن كانت رابطة السببية تنقضي بوجود السبب الأجنبي ، فتتعلم المسئولية لانعدام السببية لانعدام الخطأ ، ومن هنا نرى أن التناقض الذى يستظهره الفقه عادة بين نصين من نصوص التقنين اللذين الفرنسى ، هما اللذان ١١٤٧ و ١١٣٧ ، تناقض ظاهرى لا حقيقة له . فالمادة ١١٤٧ من هذا التقنين تقرر أن الدين مسئول عن تنفيذ التزامه حتى يثبت أنه امتنع عليه ذلك لسبب أجنبي لا يد له فيه . والمادة ١١٣٧ تقضى بأن الالتزام بالنفاية فى المحافظة على الشيء يلزم الشخص للوكل إليه ذلك أن يبذل فيه عناية الشخص المعتاد . ولاتناقض ما بين النصين كما قدمنا . فكل نص نطاق خاص به . فالمادة ١١٤٧ تقرر فى عبارة طامة أن عدم تنفيذ الدين لالتزامه هو خطأ عقدي . وهذا صحيح ، وهو يصدق فى الالتزام بنفاية وفى الالتزام بعناية . ويكون الدين مسئولاً عن هذا الخطأ إلا إذا نفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي . أما للمادة ١١٣٧ فهي لا تعرض لشيء مما تعرض له المادة ١١٤٧ ، بل هى تحدد مدى التزام المدين فى الالتزام ببذل عناية ، وتقرر أن العناية المطلوبة هى فى الأصل عناية الرجل المعتاد . فالمادة ١١٤٧ تنطبق إذن على جميع الالتزامات ، سواء ما كان منها التزاماً بنفاية أو كان التزاماً بعناية ، وتعرض للمسئولية العقدية فى ركنين من أركانها ، ركن الخطأ وركن السببية . والمادة ١١٣٧ لا تتناول إلا طائفة الالتزام ببذل عناية ، وتتناولها لا لتحديد المسئولية العقدية ، بل لتحديد مدى الالتزام^(١) . وقد أتى التقنين المصرى

(١) انظر ما زو ١ فقرة ٦٥٩ — فقرة ٦٦١ ، وانظر فهاش فقرة ٦٥٩ عرضاً للأراء المختلفة فى محاولة التوفيق ما بين النصين — الدكتور سليمان مرقس فى الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ٧٤ — ص ١٠٠ — وقارن نظرية القدر المؤلف فقرة ٨٥١ .

[وانظر مارتى وريجو ٢ بند ٤٦٧ ص ٥٠٢ — وانظر حشمت أبوستيت بند ٣٥٤ حيث يقرر أن تحديد مضمون الالتزام هو مسألة أولية يجب الفراغ منها قبل البحث فيما إذا كان هناك خطأ عقدي أم لا — فالمادة ١١٣٧ تخرج عن نطاق البحث فى الخطأ العقدي وبذلك تكون المادة ١١٤٧ وحدها هى التى تحكمه] .

الجديد بنصين يقابلان المادتين ١١٤٧ و ١١٣٧ من التقنين المدني الفرنسي^(١) . فالسادة ٢١٥ تقضى بأن الدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يده فيه ، فهي تقابل المادة ١١٤٧ من التقنين المدني الفرنسي . والمادة ٢١١ ، وتقابل المادة ١١٣٧ من التقنين المدني الفرنسي ، توجب في الالتزام بعناية أن تكون العناية المبذولة هي عناية الرجل المعتاد ولو لم يتحقق الفرض المقصود . ولا تناقض ما بين هذين النصين ، كما لا تناقض ما بين نصي القانون الفرنسي .

وأما من ناحية التدرج فالنظرية أيضاً ليست صحيحة . فنحن ، حتى إذا قصرنا نظرية تدرج الخطأ على الالتزام بعناية ، لا نقبل أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ نافع تبعاً لما إذا كان المقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معاً أو لمصلحة اللدين وحده . وقد هدم التقنين المدني الفرنسي في المادة ١١٣٧ التي سبق ذكرها هذه التقسيمات جملة واحدة . فقال إن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء ، سواء كان الفرض من المقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً ، يلزم اللدين ببذل عناية الرجل المعتاد . فقضى هذا النص على التقسيم في شقيه ، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة ، وأوجب في جميع العقود ، كأصل عام ، أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد . وذلك هو شأن التقنين المصري الجديد^(٢) . فقد جاء واضحاً كل

(١) أما التقنين المصري القديم فلم يتضمن نصين يقابلان تماماً نصي التقنين الفرنسي المتقدم ذكرهما ، وإن كان قد أورد في بعض نصوصه ما يفيد أن الدين لا يكون مسئولاً عن عدم تنفيذ التزامه إلا إذا كان عدم التنفيذ بخطأ منه (انظر المواد ١١٩/١٧٧ و ١٧٧ و ١٧٨/٢٤٠ — ٢٤١) . ولكن الفقه والقضاء في مصر ، في ظل التقنين القديم ، كانا يفسران هذه النصوص بما تفسر به المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي ، فكان عدم تنفيذ الدين لالتزامه في المقد يعد خطأ في جانبه (انظر رسالة الدكتور سليمان مرقس في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ١٠٧ — ١١٢) .

(٢) أما التقنين المصري القديم فلم يتضمن نصاً كنص المادة ١١٣٧ من التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه كان في العقود المختلفة يطلب تارة عناية الشخص بملكه (مثلا المادتان ٤٦١/٣٧٦ في الإيجار والمادتان ٤٨٢/٥٩٠ في الوديعة) ، أو يطلب طوراً العناية التامة فيعاسب حتى على الخطأ اليسير (مثلا المواد ٤٦٨ — ٤٦٩/٥٧١ في طرية الاستعمال) ، فلم يكن واضحاً لا في إثبات نظرية تدرج الخطأ ولا في قبحها .

الوضوح في نقي نظرية تدرج الخطأ . والأصل عنده أن العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد (٢١١م) . ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل إما بنص القانون وإما بالاتفاق . وقد نص القانون فعلا في بعض المقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل المعتاد كما رأينا فيما تقدم^(١) . كذلك يجوز للمتعاقد أن يتفقا على مقدار من العناية أزيد أو أقل . بل يجوز لها الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية إلا إذا ثبت في جانب اللذين غش أو خطأ جسم (م ٢١٧ فقرة ٢) . وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام في الإعفاء من المسؤولية^(٢) .

§ ٢ — المسؤولية العقدية عن الغير وعن الأشياء

(١) المسؤولية العقدية عن الغير :

٤٣١ — نطاق المسؤولية العقدية عن الغير : المسؤولية العقدية عن الغير^(٣) قد تتحقق إذا استخدم اللذين أشخاصا غيره في تنفيذ التزامه العقدي ، فيكون مسئولاً مسئولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص . فيوجد إذن : (١) المسئول وهو اللذين في الالتزام

(١) انظر مثلا المادة ٥٢١ في الشركة ، والمادة ٥٨٣ فقرة ١ في الإيجار ، والمادة ٦٤١ في العارية والمادة ٦٨٥ في عقد الصل ، والمادة ٧٠٤ في الوكالة ، والمادة ٧٢٠ في الوديعة .

(٢) وهذه بنى أمثلة تشرعية من التفتين الجديد للمسؤولية العقدية في بنى المقود المسلة : عقد اليم (التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بناية م ٤٣١ و ٤٣٧ و ٤٣٨ — والزام البائع بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية هو التزام بناية م ٤٣٩ و ٤٤٧) — عقد الإيجار (التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة هو التزام بناية م ٥٨٣ — والزام المستأجر بالمحافظة على العين من الحريق هو التزام بناية م ٥٨٤ — والزام المستأجر برد العين المؤجرة هو التزام بناية م ٥٩٠) — عقد العارية (التزام المير بتسليم العين التزام بناية م ٦٣٦ — والزام المستير بالمحافظة على العين التزام بناية م ٦٤١ — والزام المستير برد العين التزام بناية م ٦٤٢) — عقد الوكالة (التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة التزام بناية م ٧٠٤) — عقد الوديعة (التزام المودع عنده بالمحافظة على العين التزام بناية م ٧٢٧) — عقد رهن الحيازة (التزام الفائز المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون التزام بناية والزامه برده التزام بناية م ١١٠٣ وقد تضمنت الاترايين ماً) .

(٣) [انظر في المسؤولية العقدية عن الغير : اميل بيكيه مقال في المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩١٤ م ٢٦٣ — ومقال اسمان في المجلة الفصلية سنة ١٩٢٢ م ٦٢٧ وما بعدها — وحلى بهجت بدوى أصول الاترايات م ٤٥٥ بند ٣٢٢ وما بعده — وأنور سلطان طبعة ١٩٦٢ بند ٣٣٣ م ٣٩١ — ورسالة الدكتور عباس حسن الصراف في المسؤولية العقدية عن فعل الغير (القاهرة سنة ١٩٥٣)] .

العقدي (٢) والمضور وهو الدائن في هذا الالتزام (٣) والغير وهم الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه . وتقوم المسؤولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين للسئول والمضور وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد . فالمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن قبل المؤجر : السئول هنا هو المستأجر ، والمضور هو المؤجر . وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار الأصلي ، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل للسئول هو المستأجر من الباطن . ويتبين من ذلك أن هناك حدين لنطاق المسؤولية العقدية عن الغير : الحد الأول أن يكون هناك بين السئول والمضور عقد صحيح ، والحد الثاني أن يكون الغير معهوداً إليه في تنفيذ هذا العقد .

أما أن يكون هناك بين السئول والمضور عقد صحيح ، فذلك لأن مسؤولية السئول نحو المضور هي مسؤولية عقدية ، فوجب أن تنشأ هذه المسؤولية عن عقد تم بينهما . فإذا كان العقد قد تم بين السئول والغير الذي أحدث الضرر ، لا بين السئول والمضور ، كالتابع يربطه بمتبوعه عقد تم بإحق الضرر بالمضور في أثناء تأدية وظيفته ، فهذه مسؤولية تقصيرية لا عقدية ، سنفصلها في مكانها . كذلك المؤجر لا يكون مسئولاً مسؤولية عقدية عما يحدثه مستأجره من الضرر لشخص لا يربطه عقد بالمؤجر . وإذا تولى الغير ، نيابة عن السئول ، المفاوضة في عقد ، ثم قطعت المفاوضة ، فأصاب قطعها الطرف الآخر بالضرر ، فالمسؤولية عن الغير هنا لا تكون عقدية ، لأن العقد بين السئول والمضور لم يتم إذ هو لم يجاوز مرحلة المفاوضات . ويجوز أن تقوم في هذا المثل مسؤولية تقصيرية ، هي مسؤولية التبوع عن تابسه إذا توافرت أركانها . وإذا انعقد العقد غير صحيح في المثل الذي نحن بصدده ، فإن المسؤولية لا تكون هنا أيضاً مسؤولية عقدية ، إذ أن العقد غير الصحيح يزول بإبطاله ، فلا تنشأ المسؤولية — إذا تحققت — من العقد ، بل تكون مسؤولية تقصيرية . ويتحقق ذلك بأن يكون الغير الذي أبرم العقد غير الصحيح نيابة عن السئول هو المتسبب في البطلان ، فيكون مسئولاً مسؤولية تقصيرية نحو الطرف الآخر ، ويكون من أبرم العقد باسمه مسئولاً عنه مسؤولية تقصيرية هي مسؤولية التبوع عن التابع.

فلا بد إذن لقيام المسؤولية العقدية عن الغير أن يكون هناك عقد صحيح بين المسئول والضرور .

ويجب أيضاً أن يكون الغير قد عهد إليه في تنفيذ هذا العقد . فلو كان الغير لم يعهد إليه في ذلك ، فإن تدخله في الإخلال بتنفيذ العقد قد يحقق مسؤولية المدين ، ولكن هذه المسؤولية تكون مسؤولية شخصية لا مسؤولية عن الغير . فالمؤجر يلتزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين الانتفاع المقصود من العقد ، فإذا تدخل جيران المستأجر من تلقاء أنفسهم حتى لو كانوا مستأجرين من نفس المؤجر^(١) ، في انتفاع المستأجر بالعين ومنعوه من ذلك ، فإن مسؤولية المؤجر نحو المستأجر تكون مسؤولية عقدية ، ولكنها مسؤولية شخصية لا مسؤولية عن الغير ، إلا أن يثبت المؤجر أن تدخل الجيران هو سبب أجنبي ، فعندئذ تنفي مسؤولية المؤجر بتاتا . كذلك المستأجر يلتزم بعقد الإيجار نحو المؤجر أن يحافظ على العين ، وهو مسئول عما يصيب العين من تلف بفعله أو بفعل أحد من يسكن معه ، ومسؤوليته في الحاليتين مسؤولية عقدية عن عمله الشخصي لا عن عمل الغير^(٢) .

فلا بد إذن لقيام المسؤولية العقدية عن الغير أن يكون هذا الغير مكلفاً من المدين بتنفيذ العقد ، فيصبح المدين بهذا التكليف مسئولاً عن الغير مسؤولية عقدية . مثل ذلك المفاوض مسئول عن عمله وعن المفاوض من الباطن نحو رب العمل ، والمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن نحو المؤجر ، والوكيل مسئول عن نائبه في تنفيذ الوكالة نحو الموكل . وقد يكون التكليف بتنفيذ العقد غير آت من قبل المدين بل من القانون ، كالولي أو الوصي أو القيم يقوم بتنفيذ عقد أحد طرفيه الصغير أو المحجور ، فهنا أيضاً تكون مسؤولية الصغير أو المحجور عن

(١) انظر المادة ٥٧١ فقرة ٢ من القانون المدني الجديد .

(٢) انظر قاض مدني ١٩٥٧/٤/١١ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤٢ من ٤١٣ حيث قررت المحكمة أنه لا محل لسمالة المستأجر إذا كان تلف الشيء المؤجر لم ينشأ عن فعله أو عن فعل تدمره وإنما نجا عن فعل شخص آخر غير هؤلاء .

الولى أو الوصى أو القيم مسئولية عقدية عن عمل الغير^(١).

٤٣٢ — نصوص التقنين المرقى الجبريد الواردة في المسئولية العقديّة عن الغير :

لا يوجد نص يقرر بطريق مباشر القاعدة العامة في المسئولية العقدية عن الغير^(٢)، على غرار النص الذى يقرر القاعدة العامة في المسئولية التصديرية عن عمل الغير^(٣). ولكن يوجد نص يقرر بطريق غير مباشر مبدأ المسئولية العقدية عن الغير ، وهذا النص هو الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ وتجري بما يأتى : « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء اللدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » . وقول بطريق غير مباشر ، لأن مبدأ للمسئولية العقدية عن الغير إنما يستخلص ضمناً من هذا النص . فإدام أنه يجوز للدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الخطأ الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه ، فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو فى الأصل مسئولاً عن خطأ هؤلاء الأشخاص ، فيستطيع بالاتفاق أن ينفي عنه هذه المسئولية . ومن ثم يمكن القول بأن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تقرر مبدأ عاماً ، هو أن اللدين مسئول مسئولية عقدية عن خطأ الأشخاص اللذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه العقدى .

(١) [انظر الدكتور سليمان مرقس (المصادر) بند ٢٨٥ من ٣٧٤ حيث يشير إلى مسئولية المتعاقدين عن فعل الغير إذا كان تابعاً له (ولا يشترط لذلك أن يكون الغير مكلفاً بتنفيذ العقد) — تأسيساً على أن فعل التابع لا يعد سبباً أجنبياً بالنسبة للدين فلا تدفع به مسئولية العقدية . أما إذا كان الغير أجنبياً عن اللدين فإن فعله يعتبر سبباً أجنبياً تفنى به مسئولية اللدين نتيجة لانقضاء علاقة السببية] .

(٢) [توجد فى القانون الألمانى والقانون السويسرى فى نصوص تقرر قواعد عامة تحكم المسئولية العقدية عن فعل الغير : المادة (٢٧٨) من القانون السويسرى الألمانى — والمادة (١٠١) من تقنين الالتزامات السويسرى — انظر حلى بهجت بدوى ص ٤٥٦] .

(٣) وهو نص المادة ١٧٤ الذى يقرر مسئولية التبوع عن تابعه .

وقد وردت تطبيقات تشريعية متعددة لهذا المبدأ في صدد عقود مختلفة :

من ذلك عقد الإيجار . فقد نصت المادة ٥٧١ على ما يأتي : « ١ — على المؤجر أن يتمتع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع . ٢ — ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التى تصدر منه أو من أتباعه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبني على سبب قانوني يصدر من أى مستأجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق عن المؤجر . ومسئولية المؤجر عن أعمال المستأجرين الآخرين أو عن تلقوا الحق منه إنما هى مسئولية عقدية عن عمل شخصي ، أما مسئوليته عن الأعمال التى تصدر من أتباعه من يكلفهم بتنفيذ عقد الإيجار فهى مسئولية عقدية عن عمل الغير ^(١) .

وفي عقد المقاولة نصت المادة ٦٦١ على ما يأتي : « ١ — يجوز للمقاول أن يكمل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية . ٢ — ولكنه يبقى في هذه الحالة مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل » . فهذا نص صريح في مسئولية المقاول نحو رب العمل عن عمل المقاول من الباطن ، وهى مسئولية عقدية عن عمل الغير .

وفي عقد الوكالة نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ على ما يأتي : « إذا أُناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسئولية » . وهذا أيضاً نص صريح في مسئولية الوكيل عن عمل نائبه نحو الموكل ، وهى مسئولية عقدية عن عمل الغير ^(٢) .

(١) انظر أيضاً في مسئولية المستأجر نحو المؤجر عن أعمال المستأجر من الباطن أو المتنازل له عن الإيجار : المواد ٥٩٥ — ٥٩٧ .

(٢) [فلان عكس ذلك : حثمت أبوستيت س ٣٣١ مباحث ١] .

٤٣٣ - شروط المسؤولية الدفعية عن الغير وأعمالها : ويتبين مما تقدم أن الغير الذى يكون المدين مسئولاً عنه هو كل من كان مكلفاً - اتفاقاً أو قانوناً - بتنفيذ المقد. فالعمال والمقاولون من الباطن يكونون المقاول مسئولاً عنهم نحو رب العمل . والمستأجر من الباطن والمقتاض له عن الإيجار يكون المستأجر مسئولاً عنهما نحو المؤجر . وعمال أمين النقل وأمناء النقل المتتابعون يكون أمين النقل الأصلى مسئولاً عنهم نحو العميل^(١) . والبواب يكون صاحب المنزل مسئولاً عنه نحو المستأجرين^(٢) . ونائب الوكيل يكون الوكيل مسئولاً عنه نحو الموكل . والولى والوصى والقيم يكون الضيف أو المحجور مسئولاً عنهم نحو المتعاقد الآخر . وبوجه عام كل من كلف ، اتفاقاً أو قانوناً ، بالحلول محل المدين فى تنفيذ الالتزام ، كالمستأجر من الباطن ونائب الوكيل والوصى ، أو بمساعدته فى تنفيذه ، كالعمال وأمناء النقل المتتابعين ، يكون هو « الغير » فى المسؤولية التقديرية عن الغير . ولا يشترط فى الغير هنا ، كما يشترط فى المسؤولية التصديرية ، أن يكون تابعاً . فقد رأينا أن الولى والوصى والقيم يعتبرون « غيراً » فى هذه المسؤولية التقديرية ولا يعتبرون « تابعين » فى المسؤولية التصديرية .

ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر فى حال تنفيذ المقد أو بسبب تنفيذه ، على النحو الذى سنراه فى مسؤولية المتبوع عن التابع . وخطأ الغير فى الالتزام بنهاية يكون بعدم تحقيق الغاية المتفق عليها وفى التزام بنهاية يكون بعدم بذل العناية المطلوبة ، فخطأه هو خطأ الأصل سواء .

فإذا توافرت هذه الشروط تحققت المسؤولية التقديرية عن الغير ، ويصبح المدين مسئولاً عن خطأ الغير الذى استخدمه فى تنفيذ التزامه . واختلف فى الأساس الذى تبني عليه هذه

(١) [انظر نقض مدنى ١٩٥٦/٣/٢٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٤ س ٣٦٤ حيث قضت المحكمة بأن مصلحة البريد تعتبر أمانة للنقل ومن ثم فهي ضامنة للخطأ الذى يقع من تمهيد إليهم بعض المهام الموكولة إليهم ، ولا تستطيع أن تدفع عن نفسها المسؤولية بخطأ أمين النقل الذى اختارته هى بغير تدخل من صاحب الرسالة] .

(٢) انظر فى المسؤولية التقديرية عن البواب ، فى صدد مسألتين هامتين : سرقة المنزل وضياع المراسلات ، ملزوم ١ قرة ٩٩٧ - ٢ .

المسئولية . فمنهم من يقيمها على خطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس . ومنهم من يرتبها على فكرة تحمل التبعة . ومنهم من يبينها على فكرة حلول الغير محل الأصيل فيعتبر نائباً عنه فيما ارتكب من خطأ . ومنهم من يؤسسها على فكرة الضمان . وهذا الخلاف عينه نجده في تأصيل مسؤولية المتبوع عن التابع . وسنتكلم فيه هناك بالتفصيل .

وغنى عن البيان أنه إذا تحققت مسؤولية المدين عن الغير ، جاز للأول أن يرجع على الثاني إما بالمسئولية العقدية إذا كان هو الذى كلفه بتنفيذ المقد ، وإما بالمسئولية التقصيرية إذا كان الثاني مكلفاً بتنفيذ المقد بمقتضى القانون^(١) .

(ب) المسؤولية العقدية عن الأشياء :

٤٣٤ — نطاق المسؤولية العقدية عن الأشياء : إذا لم يحم المدين بتنفيذ المقد كان هذا خطأ عقدياً كما قلنا . فإذا كان عدم تنفيذه للعقد راجعاً لا إلى فعله الشخصى بل إلى « فعل الشيء » (fait de la chose) ، أى إلى تدخل إيجابى من شيء أفلت من حراسته على النحو الذى سنبينه فى المسؤولية التقصيرية عن الأشياء ، كان المدين مسئولاً مسؤولية عقدية ولكن لا عن « فعله الشخصى » بل عن « فعل الشيء » . ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية :

(١) يسلم المدين الشيء محل العقد للدائن — البائع يسلم الآلة المبيعة للمشتري فتفجر الآلة فى يد المشتري وتصيبه بضرر فى نفسه أو فى ماله . هنا يصبح البائع مسئولاً بمقتضى التزامه العقدى من ضمان العيوب الخفية . ولم ينشأ هذا الضمان عن حالة سلبية للآلة المبيعة كوجود عيب فيها . بل عن حالة إيجابية هى انفجار الآلة . فيكون البائع مسئولاً مسؤولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشيء .

(١) [انظر فى أسس المسؤولية عن فعل الغير : حلى بهجت بدوى ص ٤٥٧ — وحشمت أبوستيت بد ٣٦١ ص ٣٣٢ وهوامشها — وكلاماً يرجع تأسيس المسؤولية على فكرة الضمان : وهو ضمان مصدره القانون] .

(٢) يكون المدين مسئولاً عن رد الشيء محل العقد الدائن ، كالمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة ، فيتدخل شيء آخر في حراسة المستأجر — كمواد متفجرة — تدخلها إيجابياً يتسبب عنه حريق العين . فهنا لم ينفذ المستأجر التزامه العقدي برد الشيء ، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصي ، بل عن فعل الشيء ، والشيء هنا هو المواد المتفجرة لا العين المؤجرة .

(٣) يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استعماله شيئاً ، فيؤذى هذا الشيء الدائن ، ويكون المدين مسئولاً عن سلامة الدائن بمقتضى العقد . مثل ذلك عقد النقل ، ينفذه أمين النقل بوسائل المواصلات المختلفة ، قطار أو سيارة أو طائرة أو غير ذلك ، فيصطدم القطار أو تنفجر السيارة أو تسقط الطائرة ، فيصاب الراكب بالضرر . هنا أيضاً لم ينفذ أمين النقل التزامه نحو الراكب ، إذ هو ملتزم بسلامته ، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصي ، بل عن فعل الشيء^(١) .

٤٣٥- المسؤولية العقدية عن الأشياء والمسئولية العقدية عن الفعل الشخصي تحكمها قواعدها العامة : والفروض الثلاثة التي قدمناها لا فرق في الحكم بينها وبين المسؤولية عن الفعل الشخصي . فالمدن بالمقد مسئول عن عدم تنفيذ التزامه مسؤولية عقدية . وسواء كان هذا راجعاً إلى فعله الشخصي أو إلى فعل شيء في حراسته ، فمسئوليته متحققة في الحالتين ، وتطبق القواعد ذاتها في كل منهما . ويعتبر « فعل الشيء » في الفروض المتقدمة هو فعل شخصي للمتعاقدين ، لأن الشيء في حراسته ، وهو مسئول عنه . فالمسئولية العقدية عن الأشياء هي كالمسئولية العقدية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ شخصي^(٢) .

(١) [انظر سليمان مرقس (المصادر) بند ٢٨٥ ص ٣٧٥ حيث يقرر أن فعل الشيء الذي يكون في حراسة المدين أو الذي يستخذه المدين في تنفيذ العقد لا يعتبر سبباً أجنبياً عنه فلا تدفع به مسئوليته — وانظر حشمت أبوستيت بند ٣٦٢ ص ٢٣٣] .

(٢) انظر في الموضوع ملزو ٢ ص ٣٢٥ — ص ٣٤١ .

§ ٣ — تعديل قواعد المسؤولية العقدية^(١)

٤٣٦ — تعزل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق التأمين من المسؤولية : يستطيع المدين أن يؤمن على مسؤوليته العقدية كما يؤمن على مسؤوليته التقصيرية^(٢) . ويؤمن على كل خطأ يصدر منه عدا الفعل العمد ، وعلى كل خطأ يصدر من أتباعه أو ممن يستخدمهم في تنفيذ التزامه حتى عن الفعل العمد . فيستوى التأمين في المسئوليتين . وتستوى قواعد التأمين أيضاً ، وسنفصلها عند الكلام في المسؤولية التقصيرية .

٤٣٧ — تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق الاتفاق — النصوص القانونية :
تنص المادة ٢١٧ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

« ١ — يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة » .
« ٢ — وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه » .

« ٣ — ويقع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية للترتبة على العمل

(١) [بعض المراجع : دوران (Durand) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ — بول اسمان : بحث في المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٢٦ م ٣١٣ وما بعدها — وفي نفس المجلة سنة ١٩٣٤ م ٣١٧ وما بعدها — هنرى وليون مازو ج ٤ فقرة ٢٥١٩ وما بعدها من الطبعة الثانية — بلانيول وريبير وراخوان ج ٧ بند ٨٥١ وما بعده — بيدان ج ٨ م ٤٢٣ بند ٥٨٤ — م ٤٣٠ بند ٥٩٠ — دى باج ج ٢ بند ٦٠٨ م ٥٧٧ — وبند ١٠٥٥ م ١٠٢٠ — مارتى وريزو ج ٢ بند ٥٣٨ م ٥٨٦ — وحشمت أبوستيت بند ٤٩٦ م ٤٦٥ — وأنور سلطان بند ٥١٣ م ٥٧٧] .

(٢) [اغظر : سقيفاني : التأمين عن الأخطاء (رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — وبيدان ج ٨ م ٤٢٥ وهامش ٢ . والدكتور سعد واصف : التأمين من المسئولية (رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٨)] .

غير المشروع»^(١).

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ — بعد أن قضت الفقرة الأولى بأن مدى العناية الواجبة في الالتزام ببذل عناية هي عناية الشخص المعتاد ما لم يوجد اتفاق مخالف — على ما يأتي : « وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » . وقد سبق ذكر النص بأكمله^(٢) .

ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً فيما نص عليه من الأحكام المتقدمة ، بل اقتصر على تقنين ما كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليه من المبادئ في شأن التعديل الاتفاقى من قواعد المسئولية العقدية ، وعلى تثبيت هذه المبادئ وتأكيداها في نصوص تشريعية .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مماثل بخلاف لفظى طفيف . وقد أدخل هذا التعديل اللفظى في لجنة المراجعة فأصبح النص مطابقاً للنس الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم النص هو المادة ٢٢٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٧ . ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٥٠٢ — ص ٥٠٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقنيناً للقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها في هذا الشأن . فقد يجعل عبء المسئولية أشد وقرراً بالاتفاق على تحمل تبعه الحادث الفجائى وبهذا يكون المدين مؤمناً للدائن من وجه . وقد تخفف المسئولية ، على نقض ذلك ، باشتراط الإعفاء من تبعه الخطأ التقادى ، إلا أن تكون فاعمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة في الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية . فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والنقض لا يجوز في المسئولية التقاعدية ، كذلك يتمتع اشتراط الإعفاء من المسئولية التقديرية ، أيما كانت درجة الخطأ ، ويصير مثل هذا الاشتراط باطلا لمخالفته للنظام العام . على أن ذلك لا ينفى جواز التأمين على الخطأ ، ولو كان جسيماً ، بل وفي نطاق المسئولية التقديرية ذاتها ، متى كان لا يرتفع إلى مرتبة النقص . كما أن للأفراد أن يتفقوا على الإعفاء من المسئولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم ، بل وعن النقص الواقع من هؤلاء ، سواء أكانت المسئولية تقاعدية أم تقديرية » . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٥٥٣) .

وقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى . السورى م ٢١٨ (مطابق) — الليبى م ٢٢٠م (مطابق) — العراق م ٢٥٩/٢٥١ (مطابق) — اللبناني : لا مقابل (وقارب م ١٢٨ — ١٣٩) .

(٢) انظر آتقاً فقرة ٤٢٨ — وانظر تاريخ النص في هامش هذه الفقرة .

٤٣٨ — الأصل هو الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقابية بالاتفاق : ولما كانت المسؤولية العقدية منشأها العقد ، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين ، فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية . وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية ، فإن لما أن تعدلها^(١) . فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية ، وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب .

أما المسؤولية التقصيرية فهي ليست وليدة الإرادة الحرة ، بل هي حكم القانون . وسنرى لذلك أنه لا يجوز تعديل قواعد بالاتفاق ، كما جاز في المسؤولية العقدية .

٤٣٩ — الأعمام التي قررتها النصوص في جواز تعديل المسؤولية العقابية بالاتفاق : والأحكام التي قررتها النصوص ، والتي كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليها في غير اضطراد فاستقرت بمد أن قننتها نصوص تشريعية ، يمكن ردها إلى مبدأين رئيسيين :

المبدأ الأول : يقضى بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسؤولية العقدية . فلها أن يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية بأن يجعل المدين مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي ، ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن^(٢) . ولها أن يتفقا على التخفيف منها بألا يجعل المدين مسئولاً حتى عن تقصيره .

والمبدأ الثاني : يقضى بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين ، فلا يجوز التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الإغناء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم . وذلك أنه لو صح للمدين أن يعفى نفسه من المسؤولية عن الفعل العمد في عدم تنفيذ التزامه العقدي ، لكان التزامه مطلقاً على شرط إرادى محض . وهذا لا يجوز .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن الاتفاق على عدم مسؤولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة هو اتفاق جائز قانوناً ولا مخالفة فيه للنظام العام : قس مدني ١٣/١١/١٩٥٨ بمجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٩ من ٦٨٩] .

(٢) استئناف مخطوط في ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ٢٠٩ .

واخطأ الجسم ملحق بالفعل العمد ، ويأخذ حكمه . ولكن يجوز للمدين أن يعفى نفسه من المسؤولية عن عمل الغير ، حتى لو كان هذا العمل عمداً أو خطأ جسيماً ، فإن عمد الغير لا ينزل منزلة الشرط الإرادى المحض ^(١) .

(١) استئناف مخطط في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧١١ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١١٠ - وفي ١٤ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١١٠ - وفي ٩٣ - والتون ٢ م ٢٧٠ - وفي ٢٧٢ - الدكتور عبد السلام ذهي فترة ٢٧٣ - الدكتور محمد صالح في أصول المصنفات فترة ٤٧ .

وفي عقود النقل كان القضاء المصري يحرم الإعفاء من المسؤولية عن العمد والخطأ الجسم (استئناف مخطط في ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٣٢٢ م ٧٣) . وكان من شأن الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ اليسير أن ينقل عبء الإثبات فيجعله في جانب الدائن كما كان الأمر في فرنسا قبل قانون رابيه (Rabier) (استئناف مخطط في ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨١١٠ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ٩٠ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ٢٥١) . ولكن قضت محكمة الاستئناف المختطة بعد ذلك بأن شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود النقل غير جائز حتى عن الخطأ اليسير ، بل ليس من شأن هذا الشرط أن ينقل عبء الإثبات إلى الدائن (استئناف مخطط في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤٠ م ٤٥ - فلان استئناف مخطط في ١٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢٠ م ٣٢٠ - أظن والتون ٢ م ٢٧٩ - م ٢٨٠) . وبذلك سارت محكمة الاستئناف المختطة على حكم قانون رابيه دون أن يكون في مصر قانون مماثل ، وذلك لاعتبارات خاصة في عقود النقل تجعل التشديد في مسؤولية أمين النقل أمراً مرغوباً فيه (أظن في هذه الاعتبارات والتون ٢ م ٢٨٠ - م ٢٨٣) . وقد تصلح نظرية عقود الإذعان سبباً لإبطال الإعفاء من المسؤولية في عقود النقل .

أما الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية العقيدية عن عمل الغير في الخطأ اليسير فثابت في مصر في القضاء والفقه (استئناف مخطط في ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨١١٠ - والتون ٢ م ٢٧٢ - م ٢٧٤) . وإذا كان خطأ الغير جسيماً أو عمدياً ، فكان القضاء في مصر لا يميز الإعفاء من المسؤولية (استئناف مخطط في ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١٠ م ١٤ - وفي ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٢٢٢) ، ويميزه الفقه في الخطأ الجسم (والتون ٢ م ٢٧١ - ٢٧٢) ، والقانون للدن الجديد يميزه حتى في العمد كما بينا (قارن مازو ٣ فترة ٢٥٢٧) . هذا ولا يعتبر خطأ من عمل الغير خطأ مدير الشركة ، فالدبير أداة (organe) الشركة لا وكيل عنها ، فلا يجوز للشركة أن تنفي نفسها من العمد أو الخطأ الجسم إذا صدر من مديرها . ولكن يجوز أن تنفي نفسها من العمد أو الخطأ الجسم إذا صدر من عاملها . [وفلان قس جنائي في ٢/٤ - ١٩٠٦ - مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة السابعة رقم ١٣٣ م ٤٥٩ حيث قضت المحكمة بعدم جواز الإحاق على إعفاء الشركة من مسؤوليتها عن جريمة التبيد التي اقترفتها تابعها وذلك تطبيقاً لحكم المادة ٢١٧/٣ من التقنين المدني التي تنص على أنه يقع بالطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المبرور] .

٤٤٠ — تحليل لهذه الأعلام وتطبيقها على الالتزام بغاية والالتزام بعناية : وإذا حللنا الأحكام التي قدمناها في ضوء ما عرفناه من قواعد المسؤولية العقدية ، رأينا أن الأمر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمقدار العناية المطلوبة من المدين في تنفيذ التزامه العقدي . وتندرج هذه العناية تدرجاً ملحوظاً^(١) .

ففي الالتزام بغاية ، حيث يبلغ مقدار العناية المطلوبة الدرجة القصوى ، إذ يطلب دائماً تحقيق الغاية المتعاقدة عليها ، لا ترتفع مسؤولية المدين إلا في حالة السبب الأجنبي . ويكون المدين مسئولاً عن الفعل العمد ، وعن أى خطأ ، جسيماً كان أو يسيراً أو تافهاً ، بل وعن الفعل مجرداً من أى خطأ . ويمكن تبعاً لهذا التدرج أن تتصور الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية حتى تشمل للمسئولة عن السبب الأجنبي ، وهذا كما قلنا ضرب من التأمين يلزم به المدين نحو الدائن . كذلك يمكن أن تتصور الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية في أدنى صورة من صوره ، فلا يكون المدين مسئولاً عن فعله المجرد من الخطأ . وعند ذلك يقلب الالتزام بغاية إلى التزام بعناية ، ولا يكون المدين مسئولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافهاً^(٢) . وقد يتدرج المدين في التخفيف من المسؤولية ، فيشترط إعفاؤه

(١) تدرج مقدار العناية المطلوبة من المدين ، بحيث تتدرج المسؤولية معها عن أخطاء متدرجة ، من الفعل العمد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير إلى الخطأ التافه ، هو القدر الذي يصلح للبقاء في رأينا من نظرية تدرج الخطأ المهجورة ، أما توزيع هذه الأخطاء للتدرج على طوائف مقسمة من العقود ، وهو الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية ، فهذا هو الذي ظهر فساداً وكان السبب في هجر النظرية .

(٢) ويقع عبء الإثبات في المسؤولية العقدية المخففة على الدائن ، وقد رأينا أن هذا العبء يقع عليه في المسؤولية العقدية الكاملة ، فأولى أن يقع في المسؤولية المخففة . ففي عقد النقل - حيث يلزم أمين النقل بسلامة الراكب والتزامه التزام غاية فيكون مسئولاً إلا إذا أثبت السبب الأجنبي — إذا اشترط أمين النقل إعفاؤه من المسؤولية العقدية وأمكن تفسير ذلك على أنه إعفاء من المسؤولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ التافه ، فلا يكون أمين النقل مسئولاً إلا إذا أثبت الراكب في جانبه خطأ يسيراً ، ومن ثم يصبح عبء الإثبات على الراكب لا على أمين النقل . أما القضاء الفرنسي فيذهب هذا المذهب . ولكن على أساس أن شرط الإعفاء من المسؤولية يقطع المسؤولية العقدية ، فتبقى للمسئولة التصيرية إذا أثبت الراكب خطأ في جانب أمين النقل . وعيب هذا التأسيس أنه يسمح بالتميز بين المسؤولية العقدية والمسئولة التصيرية ، وسرى عند الكلام في المسؤولية التصيرية أنه لا خيرة بين اللئولين ، وأن المسؤولية العقدية إذا تحققت لا تسحق للمسئولة التصيرية مكاناً إلى جانبها (أنظر في هذا الموضوع ما زو ٣قرة ٢٥٤٥ وما بعدها) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (قرة ٤٤١) -

من المسؤولية عن الخطأ التافه ، ثم عن الخطأ اليسير . فإذا وصل إلى هذا المدى لا يكون مسئولاً إلا إذا أثبت الدائن في جانبه العمد أو الخطأ الجسيم^(١) . ولكن إلى هنا يستطيع أن يصل في التخفف من مسؤوليته ، ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد . فلا يجوز أن يشترط إعفاء من المسؤولية عن فعله العمد أو عن خطئه الجسيم ، ما لم تكن المسؤولية مترتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك^(٢) . وقد ورد نص تشريعي في ضمان استحقاق المبيع ، وهو الالتزام بنفاة ، يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام . إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ على أنه « يجوز للمتقاعدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان » . ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه « يقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تمسك بإخفاء حق الأجنبي » . وكذلك الأمر في ضمان الميوب الخفية في المبيع ، حيث نصت المادة ٤٥٣ على أنه « يجوز للمتقاعدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تمسك بإخفاء المييب في المبيع غشاً منه » .

وفي الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة ، حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص هي عناية الشخص المعتاد . فلا يكون المدين مسئولاً عن السبب الأجنبي ، ولا عن الفعل الجرد من الخطأ ، ولا عن الخطأ التافه . ويكون مسئولاً عن فعله العمد ، وعن خطئه

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن النص في عقد الإيجار على إعفاء المؤجر من كل مسؤولية تنشأ عن الري وعطل آلاته وتفسير طريقته هو شرط صحيح قانوناً ملزم للمستأجر (نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦ من ١٢٧) — وقضت أيضاً في ١٩٦٢/٣/٢٩ (بمجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٥٨ من ٢٧٢) بأن الاتفاق في سند الشحن على إعفاء مصلحة السكة الحديد من المسؤولية عن الأضرار التي ناهق بالبضائع يكون صحيحاً طالما أن تلك الأضرار لم تنشأ عن غش أو خطأ جسيم من جانبها — فلا يسوغ إهمال شرط الإعفاء من المسؤولية في حالة ثبوت تراخي الناقل في استلام البضاعة من محطة الوصول إلى ما بعد استحقاق رسوم الأرضية ثم اكتشافه وجود عجز في البضاعة بعد ذلك] .

(٢) فارت مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧ — ويرى الأستاذان أن المدين لا يستطيع أن يشترط إعفاءه من الفعل العمد أو الخطأ الجسيم حتى في كان صادراً من الغير ، لأن الخطأ الصادر من الغير يعتبر صادراً منه هو .

الجسيم ، وعن خطئه اليسير . وقد يشدد باتفاق خاص من هذه المسئولية ، فيصبح مسئولاً عن الخطأ النافه ، ثم عن الفعل المجرد من الخطأ . وهنا يتقلب الالتزام بعناية إلى التزام بغاية ، إلى التزام بغاية ، إذ يصبح المدين مسئولاً عن تحقيق غاية لا يتخلص من المسئولية عنها إلا بإثبات السبب الأجنبي . وقد يشدد في مسئوليته إلى مدى أبعد فيصبح مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي ، وهذا ضرب من التأمين كما قدمنا . وقد يتخفف من مسئوليته ، فلا يكون مسئولاً عن الخطأ اليسير . ويبقى مسئولاً عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم ، فلا يستطيع أن يعفى نفسه بشرط خاص من المسئولية عنهما ، ما لم تكن المسئولية مترتبة على فعل الغير .

ونرى من ذلك أن الالتزام بغاية قد يتقلب إلى التزام بعناية ، وأن الالتزام بعناية قد يتقلب إلى التزام بغاية ، وأن المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين . فن السبب الأجنبي ، إلى الفعل المجرد من الخطأ ، إلى الخطأ الجسيم ، إلى الفعل العمد ، يتدرج المدين في مسئوليته العقدية عن نفسه أو عن الغير ، وفقاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . ولا يقف دون ذلك حتى هذا التقسيم الجوهرى للالتزام إلى التزام بغاية والالتزام بعناية^(١) .

(١) هذه القواعد التى بسطناها فى الإعفاء الاخلاق من المسئولية العقدية فى حاجة إلى مزيد من التأمل فى فروض ثلاثة ، حيث تستهدف لاعتراضات يسهل دفعها :

(أ) قد تشترط شركة إعفاءها من المسئولية العقدية عن النفس أو الخطأ الجسيم الصادر من مديرها . وقد أخذ على قواعد الإعفاء الاتفاق للتقدم ذكرها أنها تجعل هذا الشرط صحيحاً لأنه إعفاء من المسئولية عن فعل الغير ، وكان الواجب أن شرطاً كهذا لا يصح . وردنا على ذلك ما قدمناه من أن مدير الشركة لا يعتبر وكيلاً عنها ، بل يعتبر أداة لها (organe) ، فمسئولية الشركة عن فعله تعتبر مسئولية عن فعل شخص لا عن فعل الغير . فلا يجوز إذن للشركة أن تنفى قسماً من المسئولية عن النفس أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها ، فهذا وذاك بمنزلة سواء .

(ب) تستطيع شركات النقل أن تنفى قسماً من المسئولية عن الحوادث التى ترتكبها عمالها ، إذ أن هذا يعتبر إعفاء من المسئولية عن فعل الغير وهو صحيح وفقاً للقواعد المتقدمة ذكرها . وردنا على ذلك أن مثل هذا الشرط إذا فرضته شركات النقل الكبرى على عملائها يعتبر شرطاً لإذعان يجوز للقاضى إبطاله وفقاً للمادة ١٤٩ .

٤٤١ - الآثار التي ترتب على شروط الإعفاء من المسؤولية العقابية : إذا كان

شرط الإعفاء من المسؤولية العقابية صحيحاً على النحو الذي فصلناه ، فإنه يعفى المدين من المسؤولية بالقدر الذي يتسع له الشرط^(١) . ويبقى المدين مسئولاً فيما وراء ذلك . ولكن القضاء الفرنسي - واقتدى به القضاء المصري في ظل التقنين القديم - يضيّق من أثر شرط الإعفاء . فعنده أن المسؤولية التقصيرية تجتمع مع المسؤولية العقابية ، وللدائن الأخيرة بين هاتين المسؤوليتين . فإذا كان هناك شرط يعفى من المسؤولية العقابية ، بقيت المسؤولية التقصيرية ، وعلى الدائن أن يثبت خطأ في جانب المدين حتى يطالبه بالتعويض ، لا على أساس المسؤولية العقابية وقد أعفى المدين منها ، بل على أساس المسؤولية التقصيرية وشرط الإعفاء لا يتناولها ولا يجوز أن يتناولها لأن الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يتعارض مع النظام العام . فكأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقابية لم يفعل إلا أن نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن^(٢) . وهذه النتيجة تلازم من يقول بالخيرية بين المسؤوليتين العقابية والتقصيرية . أما نحن فلا نقول بالخيرية كما سنبين عند الكلام في المسؤولية التقصيرية . ولذلك نرى أن شرط الإعفاء إذا كان صحيحاً أعفى المدين من المسؤولية العقابية ، ولا محل للمسؤولية التقصيرية إذ أن هذه لا تجتمع مع تلك^(٣) .

(ج) يستطيع المدين أن يعفى نفسه من المسؤولية العقابية عن الضرر الذي يحدثه بالدائن في جسمه بخلقه اليسير ، ويكون الإعفاء صحيحاً طبقاً لقواعد المتقدم ذكرها ، مع أن هناك ميلاً إلى جعل الإعفاء من المسؤولية لا يجوز إلا في الضرر الذي يلحق المال دون الجسم (أنظر مازو ٣ فقرة ٢٥٢٩ وما بعدها) . وعلاج ذلك أن نميز بين ما إذا ورد هذا الشرط في عقد من عقود الإذعان ، كعقد النقل أو العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض ، فيجوز للقاضي أن يبطله ، وما إذا ورد في غير عقود الإذعان فيصح . والقضاء الفرنسي يعتبر الشرط صحيحاً في جميع الأحوال . ومحسن ، بالنسبة إلى عقد النقل ، أن يصدر في شأنه تصريح خاص يواجه ملاحظاته المختلفة .

(١) [هنا . ويشير بيدان إلى وجوب التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية وشروط التخفيف أو الحد من المسؤولية . راجع بيدان ج ٨ بند ٥٩٠ س ٤٣٠ - وس ٤٢٥ هامش ٢] .

(٢) [أنظر بهذا المعنى بيدان ج ٨ س ٤٢٣ فقرة ٥٨٤ حيث يقرر أن القضاء الفرنسي يغير الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية ولكنه لا يترفع له إلا بأثر محدود ، وهو قلب عبء الإثبات] .

(٣) هذا وقد قلنا أنه يمكن تفسير الإعفاء من المسؤولية العقابية في بعض العقود ، وبخاصة في عقد =

وعلى المدين الذى يتمسك بشرط الإعفاء أن يثبت وجود هذا الشرط . وبصمبفى كثير من الأحوال على الدين إثبات أن الدائن قبل شرط الإعفاء ، لا سيما إذا كان هذا الشرط منزوياً فى ورقة مطبوعة هى « بوليصة شحن » أو « تذكرة سفر » ، أو فى ورقة موضوعة فى مكان غير ظاهر فى فندق أو مطعم أو نحو ذلك . وتقوم صوبتان فى مثل هذه الحالات لقبول شرط الإعفاء : أولاً احتمال أن يكون الدائن لم ير هذا الشرط فلا يعتبر قابلاً له وفقاً لنظرية الإرادة الباطنة ، والثانية أن الشرط — بفرض أن الدائن قد رآه ولم يعترض عليه — قد يعتبر شرط إذعان تصفى للقاضى أن يبطله .

أما إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية المقدية باطلاً وفقاً للقواعد التى تقدم ذكرها ، فشرط الإعفاء وحده هو الذى يبطل ويبقى العقد قائماً دون شرط الإعفاء^(٢) .

== النقل ، على أنه إعفاء من الفعل المجرد من الخطأ ومن الخطأ النافه . فإذا استغام هذا التفسير فى عقد ، جاز القول فى نظرنا إن مسؤولية المدين المقدية — لا التقصيرية — تتحقق إذا أثبت الدائن فى جانب المدين خطأ يسيراً . ويكون الخطأ فى هذه الحالة خطأ عقدياً لا خطأ تقصيرياً (أنظر سابقاً فقرة ٤٤٠ ، فى الهامش) . ولكن يظل أن يتناول شرط الإعفاء من المسؤولية المقدية كل ما يمكن الإعفاء منه فى هذه المسؤولية ، فيفضل المسؤولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ النافه وعن الخطأ اليسير ، دون المسؤولية عن الفعل العمد أو الخطأ الجسيم ، فهذان لا يجوز الإعفاء من المسؤولية عنهما كما قلنا .

(٢) مازو ٣ فقرة ٢٥٦٧ -- فقرة ٢٥٦٤ . وهذا إلا إذا ثبت أن شرط الإعفاء من المسؤولية المقدية كان هو الدافع إلى التعاقد ، فيبطل العقد كله ، ولا يحقق هنا نادراً .

وتسرى القواعد التى قلناها فى صورتين تعتبران إعفاء اتفاقياً محوراً من المسؤولية المقدية : (الصورة الأولى) أن يشترط المدين فى المسؤولية المقدية ألا تتجاوز مسئوليته ، إذا تحققت ، مبالغاً معيناً من المال أقل من الضرر الذى وقع . ولكن يشترط أن يكون المبلغ المتفق عليه جدياً ، لا رمزياً بقصد به الإعفاء الكامل من المسؤولية . أما إذا قصد أن يكون المبلغ معادلاً للضرر ، فهذا هو الصراط الجزائى * (والصورة الثانية) أن يشترط المدين فى المسؤولية المقدية مدة لتقادم التزامه القدى تكون أقصر من المدة المقررة قانوناً .

المطلب الثاني

الضرر

(Le préjudice)

٤٤٢ — عبء إثبات الضرر : الركن الثاني في المسؤولية المقدية هو الضرر . فلا بد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسؤولية في ذمة اللدين . والدائن هو الذى يحمل عبء إثبات الضرر ، لأنه هو الذى يدعيه^(١) . ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن اللدين لم يقم بالتزامه القدى ، فقد لا ينفذ اللدين التزامه ولا يصيب الدائن ضرر من ذلك^(٢) . ففي عقد النقل مثلاً ، إذا تأخر أمين النقل في تسليم البضاعة ، أو تأخر الراكب عن الوصول في الميعاد ، فإن مجرد التأخر لا يكفي لاستخلاص وجود الضرر ، بل يجب على الدائن أن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من جراء هذا التأخر^(٣) .

ويستثنى من ذلك فوائد النقود . فإذا استحققت فوائد عن التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، فإن الضرر مفترض ولا يكلف الدائن إثباته^(٤) . بل لا يجوز للدين أن يثبت

(١) انظر يلمان ج ٨ ص ٤٢١ فقرة ٥٨٢ [

(٢) [وقد قضت محكمة النقض أن الضرر ركن من أركان المسؤولية وثبوته شرط لازم لقيامها ولإقضاء بالتعويض تبعاً لذلك . فإذا تمسك رب العمل في دفاعه بأن العامل لم يلحقه ضرر من جراء فصله وذلك لانحافه بخدمة رب عمل آخر أو لتغير ذلك من الأسباب فإن ذلك يكون دفاعاً جوهرياً يحتمل فيما لو ثبت أن يتغير وجه الرأى في الدعوى ، فيتبى الحكم بالصور لو التفت عنه ولم يبين بتوجيهه : نقض مدنى ١٩٦٠/١/٧ بمجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢ ص ٢٥ — وقض مدنى ١٩٦٢/٥/٣٠ بمجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٦ ص ٧١٦] .

(٣) انظر فيما يتعلق بعقد النقل : ملزو ٢ فقرة ١٦٨٢ [وقد قضت محكمة استئناف القاهرة في ١٧/١٠/١٩٦٢ (المجموعة الرسمية السنة ٦٠ رقم ١٠ ص ٦٩) بأنه لا يشترط الضرر للحكم بالتعويض القانونى المنصوص عليه في المادة (١٠٦) من القانون التجارى البحرى في حالة عدم شحن مستأجر السفينة لشيء في الميعاد ، إذ من المقرر أن الناقل يستحق هذا التعويض ولو لم يلحقه ضرر كما أنه لا يستحق تعويضاً أكبر إذا ثبت أن الضرر الذى لحقه يتجاوز نصف الأجرة ، وذلك خلافاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدنى] .

(٤) [انظر يلمان ج ٨ ص ٤٢٢ فقرة ٥٨٣ — ومقال باليس (Balls) في المجلة الاقتصادية سنة ١٩٣٤ ص ٩٧ عن التعويضات المستحقة عن التأخر في تنفيذ التزام يعلم من النقود] .

أن الدائن لم يلحق به ضرر ليتخلص من المسؤولية . وقد نصت المادة ٢٢٨ على هذا الحكم
قالت : « ولا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن
ضرراً لحقه من هذا التأخير » .

أما الشرط الجزائي فلا يفتى عن إثبات الضرر . ولكنه ينقل عبء الإثبات من الدائن
إلى المدين . فالضرر مفروض إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع^(١) . وقد نصت الفقرة الأولى من
المادة ٢٢٤ على هذا الحكم إذ تقول : « لا يكون التمييز الاتفاق مستحقاً إذا أثبت
المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

٤٤٣ — مسألتاه للبحث : والضرر إما أن يكون مادياً أو أدبياً . والتمييز عن
الضرر في المسؤولية العقدية محلود المدى ، فلا تمييز إلا عن الضرر المتوقع .
فنبحث إذن مسألتين : (١) الضرر المادى والضرر الأدبى . (٢) مدى التمييز
عن الضرر .

١٨ — الضرر المادى والضرر الأدبى

٤٤٤ — كيف يتحقق كل من الضرر المادى والضرر الأدبى : قد يصيب الدائن في
المسؤولية العقدية ضرر مادى في ماله أو في جسمه ، كالمير لا يستطيع استرداد الشيء المار ،
وكالراكب يؤذى في سلامته عند النقل . والضرر المادى هو الأكثر الأغلب . ولكن
قد يكون الضرر ، وهذا نادر في المسؤولية العقدية ، أدبياً يصيب الدائن في شعوره أو عاطفته
أو كرامته أو شرفه أو نحو ذلك .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وجد شرط جزائي في العقد يلزم البائع بدفع فرق السعر عن
الكمية التي لا يوردها ، فإن تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقفاً تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن
بإثباته ويقع على عاتق المدين (البائع) في هذه الحالة عبء إثبات انقضاء الضرر لإعمالا للشرط الجزائي على ما جرى
به قضاء محكمة النقض (قضى مدني في ١١/١٢/١٩٥٩ رقم مجموعة أحكام النقض ١٠ ٩٧ من ٦٤١)] .

ويجب على كل حال في الضرر أن يكون واقعاً أو محقق الوقوع . ونبحث هذا الشرط في الضرر المادى لأن ظهور الحاجة إليه أكثر وضوحاً فيه . ثم نبحث الضرر الأدبى .

١ - الضرر المادى (préjudice matériel) :

٤٤٥ - الضرر الحال (préjudice actuel) : الضرر الحال هو الضرر الذى وقع فعلاً ، والأصل أن التعويض يكون عن الضرر الحال . ويعوض عن الضرر المستقبل إذا كان محقق الوقوع كما سنرى .

أما إذا لم يقع ضرر أصلاً فلا تعويض . مثل ذلك تأخر الراكب في الوصول قد لا ينجم عنه ضرر ، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل . وإذا كلف الموكل وكيله أن يقيد رهنًا لمصلحته ، فلا يقوم الوكيل بتقيد الرهن ، ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالدين ، فلا تعويض للموكل إذ لم يلحقه ضرر .

٤٤٦ - الضرر المستقبل (préjudice futur) : وقد لا يقع الضرر في الحال ، ولكن يكون محقق الوقوع في المستقبل ^(١) . مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات يدخرها للقبال من الأيام ، فيخل المورد بالتزامه نحوه . فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال إذ عنده خامات كافية ، ولكن يلحق به الضرر مستقبلاً عند ما ينفد ما عنده ويصبح في حاجة إلى الجديد الذى تعاقد على استيراده . ولما كان الضرر في هذا المثل محقق الوقوع في المستقبل ، ويستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، فإن للمصنع أن يرجع فوراً بالتعويض على المورد . ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع ولا يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، إذ يتوقف مدى الضرر على عامل مجهول لما يعرف . مثل ذلك راكب يصاب بحادث أثناء النقل ولا تعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير ، فإذا رجع على أمين النقل بتعويض ، وجب التربص حتى يعرف مدى

(١) [يبدان ج ٨ بند ٦٠٢ ص ٤٣٦ -- جوسران ج ٢ بند ٦٤١] .

الضرر ليتقاضى عنه تعويضاً كافياً . وسنعالج هذه المسألة بتفصيل أوفى في المسؤولية التقصيرية .

٤٤٧ - الضرر المحتمل (préjudice éventuel) : وقد يكون الضرر محتملاً : لا هو قد تحقق فعلاً ، ولا هو محقق الوقوع في المستقبل . مثل ذلك أن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللاً يخشى معه أن تهدم العين . فالحلل ضرر حال ، ولكن تهدم العين ضرر محتمل . ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً . أما الضرر المحتمل فلا يعوض عنه إلا إذا تحقق . وسنرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية أنه يجب التمييز أيضاً بين الضرر المحتمل ، ولا يعوض عنه إلا إذا تحقق كما قلنا ، وتفويت الفرصة ، ويعوض عنه في الحال .

ب - الضرر الأدبي (préjudice moral) :

٤٤٨ - أستاذ على الضرر الأدبي في المسؤولية العقابية : سنرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية أن الضرر الأدبي قد يصيب الجسم فيما يلحق به من ألم أو يحدث فيه من تشويه ، وقد يصيب الشرف والاعتبار والعرض ، وقد يصيب العاطفة والحنان والشعور . وهو إذا كان يقع كثيراً في المسؤولية التقصيرية . فإن وقوعه في المسؤولية العقابية غير كثير . إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية .

ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقد في تنفيذ العقد ، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي . فالراكب إذا أصيب بجرح في أثناء النقل لحقه من ذلك ضرر أدبي في جسمه . والطبيب إذا أساء علاج المريض أصابه كذلك بضرر أدبي في سمته . وقد يذيع الطبيب سراً للمريض لا تجوز إذاعته ، فيصيب المريض ضرر أدبي في سمته . كذلك قد يذيع الوكيل عن موكله ما يؤذيه في اعتباره . وقد يشتري شخص تذكراً عائلياً ليست له إلا قيمة أدبية محضة بالنسبة إليه . فإذا أخل البائع بتنفيذ التزامه كان الضرر الذي يصيب المشتري من جراء ذلك ضرراً أدبياً .

والناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه ، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي ، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبي . والقنان إذا تماقد مع شخص على عمل فني ، ففسخ التماقد معه المقد فسخاً تسفياً ، قد يرى في هذا الفسخ إضراراً أدبياً بسمعته . والقطار إذا تأخر عن الوصول في ميعاده ، فلم يستطع أحد الركاب أن يشجع جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخر ، يكون قد أحدث ضرراً أدبياً للراكب في عاطفته . بل إن امتناع المدين عمداً عن تنفيذ المقد يحل التعويض أوسع مدى ، إذ يمتد إلى الضرر غير المتوقع ، وليس هذا إلا ضرباً من التعويض عن ضرر أدبي أصاب الدائن بسبب سوء نية المدين .

٤٤٩ — جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقابية : وقد ناقش الفقهاء في فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام ، وعن الضرر الأدبي في المسؤولية العقابية بوجه خاص . وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التصيرية خصوم يعتد بهم ، فإن بعضاً من الفقهاء لا يميز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقابية . ويرجع السبب في ذلك إلى أن تقاليد القانون الفرنسي القديم كانت لا تميز هذا التعويض ، وقد رد دوما وبوتيه هذا الحكم زاعمين خطأ أنه هو حكم القانون الروماني ، ولكن الكثرة في الفقهاء الفرنسيين تميز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقابية^(١) .

أما في القانون المصري ؛ فقد كان التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقابية جائزاً قهراً وقضاء^(٢) . وأورد التقنين الجديد نصاً صريحاً في جواز التعويض عن الضرر الأدبي في كل من المسئوليتين التصيرية والعقابية ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من هذا القانون على ما يأتي : «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في

(١) انظر في الفقه الفرنسي ما زو ١ فقرة ٣٢٩ — فقرة ٣٣٤ .

(٢) نظرية الخلد للمؤلف فقرة ٨٥٣ ص ٩٥٩ .

هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء .

٤٥٠ — إمامة : وسنستوفى بحث التعويض عن الضرر الأدبي عند الكلام في المسؤولية التقصيرية . فما يقال هناك ينطبق هنا ، وبخاصة في تعيين من له حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي ومتى يمكن انتقال هذا الحق .

§ ٢ — مدى التعويض عن الضرر

٤٥١ — الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعرضه عنه في المسؤولية العقبية : الضرر غير المباشر (indirect) لا يعرض عنه أصلاً ، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية . فلا يعرض إذن في المسؤوليتين إلا عن الضرر المباشر (direct) ^(١) .

ولكن في المسؤولية التقصيرية يعرض عن كل ضرر مباشر ، متوقفاً كان (prévisible) أو غير متوقع (imprévisible) . أما في المسؤولية العقدية فلا يعرض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتى النقص والخطأ الجسيم ^(٢) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ صراحة على هذا الحكم إذ تقول :

« ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً

(١) انظر الدكتور سليمان مرقس (المصادر) بند ٢٨٨ ص ٢٧٧ حيث يقرر أن الضرر يجب أن يكون مباشراً أى نتيجة طبيعية لعدم الوفاء . وأن هذا الشرط إذا كان قد أثار خلافاً في الفقه فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فإنه كان دائماً محل إجماع فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية . واشتراط كون الضرر مباشراً ليس شرطاً خاصاً بالضرر بل هو نتيجة حتمية لاشتراط ركن السببية . وانظر في معيار الضرر المباشر ماسياً في الفقرة ٦١٠ من هذا الكتاب .

(٢) انظر فيما يتعلق بالضرر المتوقع : بيان ج ٨ ص ٤٣٣ بند ٥٩٦ — وفي الضرر المباشر ص ٤٣٥ بند ٤٠٠ — ومقال إسمان في المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧ — وتعلق رواسن على حكم النقض الفرنسى الصادر في ١٨/١٠/١٩٢٦ في دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠١ .

أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد^(١)

ونأى بمثال يوضح ذلك نقله عن « نظرية العقد »^(٢) : يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انتهاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشتراطه عليه المستأجر . فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة ، وتلف بعض المفروشات في أثناء النقل ، ثم يكون في المنزل الجديد « ميكروب » مرض معد ينتقل إليه هذا المرض . فالفرق في الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع . وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع . وما يقسب عن المرض هو الضرر غير المباشر . والمؤجر لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، ما لم يكن قد أدخل بالتزامه عهداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسئولاً عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع^(٣) . كافي المسئولية

(١) تاريخ النص ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ من المرسوم التمهيدى على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٧٨ في المرسوم التام . وأقره مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٢١ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٦٣ س - ص ٥٦٦) .

ويقابل هذا النص في التفتين المدنى القديم المادتان ١٨٠/١٢٢ من هذا القانون ، ويميزان على الوجه الآتى : « ومع ذلك إذا كان عدم الوفاء ليس ناعثاً عن تغليس من الدين ، فلا يكون مؤملاً إلا بما كان متوقم الحصول علقا وقت العقد » .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ويكون للمسئولية التعاقدية ، في حالتى النش والخطأ الجسيم ، حكم المسئولية التوضيحية . أما في غير هاتين الحالتين فلا يسأل الدين من النتيجة الطبيعية لتلف من الوفاء بمجردهما ، بل يشترط أن تكون النتيجة بما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . فإذا لم يتحقق في النتيجة هذا الشرط ، خرجت بذلك من نطاق المسئولية التعاقدية وسقط وجوب التعويض عنها . وبراعى في هذا الصدد أن توقع المتعاقدين للضرر الواجب تعويضه يجب ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه ، بل ينبغي أن يتناول فوق ذلك مقدار أو مداه » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٦٥) .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢/٢٢٢ (مطابق) - اللي م ٢/٢٢٤ (مطابق) - العراق م ٣/١٦٩ (موافق) - لبنان م ٢٦٢ (موافق) .

(٢) نظرية العقد للؤلأف فقرة ٨٥٤ ص ٩٥٩ .

(٣) [تفتن مدنى ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام التفتن ٩ رقم ٩١ ص ٧٠٣] .

التقصيرية . ولا يكون المدين مسئولاً أصلاً عن الضرر غير المباشر حتى في المسئولية التقصيرية^(١) .

ومن المهم إذن أن نحدد عند الإيس ما إذا كانت المسئولية عقدية لا تمويض فيها إلا عن الضرر المتوقع ، أو هي مسئولية تقصيرية يكون التمويض فيها حتى عن الضرر غير المتوقع . فإذا أصيب الراكب في حادث وتحققت مسئولية أمين النقل العقدية ، لم يكن أمين النقل مسئولاً قبل الراكب وورثته من بعده إلا عن الضرر المتوقع عن هذا الحادث . أما إذا طالبت الورثة بتعويض باسمهم الشخصى ، لا باعتبارهم ورثة . فإن ذلك يكون على أساس المسئولية التقصيرية . ويستطيعون على هذا الأساس أن يحصلوا على تعويض ما أصابهم م ، لا ما أصاب مورثهم من ضرر متوقع أو غير متوقع^(٢) .

٤٥٢ - ماذا يبرر قصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المتوقع :
وقال عادة في تبرير قصر التعويض على الضرر المتوقع إن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر . فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد ، فلا تمويض عنه . أما إذا كان هناك غش - أو ما يمدل الغش من خطأ جسيم - في جانب المدين ، فمسئولية المدين تنقلب إلى مسئولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع^(٣) . ويتفق الأستاذان هنرى وليون مازو ف فكرة انقلاب المسئولية العقدية بالمش إلى مسئولية تقصيرية ، إذ لا يزال المدين مسئولاً بالمقد ، حتى لو كان سيء النية في عدم تنفيذه . ويرى أن المسئولية عن الضرر غير المتوقع في

(١) استئناف مخطط في ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦٢ ص ١٤٠ - وفي ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٥١ - قض فرنسى في ١٨ مايو سنة ١٩١٥ ص ١٩١٧ - ١ - ٣٨ .

(٢) مازو ٣ فقرة ٢٣٧٧ .

(٣) [انظر في بيان هذا الرأى : الدكتور سليمان مرقس (المصاد) ص ٣٧٧ - ويبدو أنه يميل إليه ، وإن كان قد أورد رأياً باعتبار أنه رأياً عكسياً خلافاً لاتجاه الفقه التقليدى] .

هذه الحالة ليست إلا عقوبة مدنية نص عليها القانون^(١).

وترى من جانبنا أن تلتبس مبرراً لقاعدة في الاعتبارات الآتية : الأصل في المسؤولية ، عقابية كانت أو تصديرية ، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله ، حتى لو كان غير متوقع . ذلك أن المدين مسئول عن كل هذا الضرر ، فهو الذي أحدثته مباشرة بخطئه . إلا أن المسؤولية العقابية تتميز بأنها تقوم على العقد ، فإرادة المتعاقدين هي التي تحددها . وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقتدر الذي يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذي يمكن أن يفترض افتراضاً معقولاً أن المدين قد ارتضاه . ويكون هذا الافتراض المقول بمثابة شرط اتفاقي يبدل من مقدار المسؤولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع . ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في حالتي غش المدين وخطأه الجسيم كما قلنا ، أصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل الضرر^(٢) ، متوقفاً كان أو غير متوقع ، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقي الذي يبدل من مقدار المسؤولية^(٣) . ولعل هذا التبرير يبين على تفسير القواعد التي سنبسطها الآن في تحديد الضرر المتوقع .

٤٥٣ — تحديد الضرر المتوقع — توقع سبب الضرر ومقداره — معيار موضوعي :
لما كان مفروضاً أن المدين في المسؤولية العقابية لم يلزم نفسه إلا بالضرر المتوقع كما قلنا ، وجب ، جبراً وراء هذا الفرض المقول ، أن يكون المدين قد توقع الضرر ، لا في سببه

(١) انظر مازو ٣ قرة ٢٣٧٥ — ٣ إلى قرة ٢٢٧٦ .

(٢) [ولكن يقع عبء الإثبات في هذه الحالة على طاق الدائن . فليكن أن ثبت أن هناك غشاً أو خطأ جسيماً وقع من المدين ونجم عنه ضرر يمازى قيمة العرط الجزائي . انظر في ذلك حكم محكمة استئناف القاهرة في ٢٨/١١/١٩٦١ — المجموعة الرسمية السنة ٦٠ رقم ٧٦ ص ١٩٧] .

(٣) [هون مرقس بند ٢٨٨ ص ٣٧٧ حيث أورد تحليل النزاع لما بين المالتين من فرق ، بأن الأصل في المسؤولية العقابية قصر التعويض على الضرر المتوقع ، فإذا ارتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً خرج بذلك عن شريعة العقد ووقع في صفات المسؤولية التصديرية ووجب لإلزامه بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ما دام ضرراً مباشراً] .

خسب ، بل أيضاً في مقداره ^(١) . فإذا تمهدت شركة هل بنقل «طرده» ، ثم ضاع «الطرد» في الطريق ، وتبين أنه يحتوي على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد ، فلا تكون الشركة مسئولة عن كل القيمة بدعى أنها كانت تتوقع سبب الضرر ، وهو وقوع خطأ من عمالها قد يسبب ضياع «الطرد» ، بل لا تكون مسئولة إلا عن القيمة المفقودة «للطرد» ، إذ هي لا تسأل إلا عن الضرر الذي كانت تتوقعه في سببه وفي مقداره ^(٢) .

ويفنى أيضاً على هذا القرض المقول من أن المدين لم يلتزم إلا بالضرر المتوقع ، أن الوقت الذي ينظر فيه إلى توقع الضرر هو وقت إبرام العقد . فلو أن المدين لم يتوقع الضرر في هذا الوقت ، ثم توقعه بعد ذلك ، فإنه لا يكون مسئولاً عنه ، لأنه لم يلتزم به وقت إبرام العقد . وهذا هو ما ورد صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ ، إذ تنص على أن المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً لا يلتزم «إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد» .

وتوقع المدين للضرر يقاس بمقياس موضوعي لا بمقياس ذاتي . فالضرر المتوقع هو — كما يقول النص — الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة ، أي الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين ، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات ^(٣) . فإذا أهمل المدين في تبين الظروف التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر ، فإن الضرر يعتبر متوقعاً ، لأن الشخص المعتاد لا يهمل في تبين هذه الظروف ، أما إذا كان

(١) انظر مرقس ص ٣٧٨ في بيان الخلاف الفقهى في هذا الموضوع حيث أشار إلى الرأي القائل بأنه يكفي أن يكون سبب الضرر هو المتوقع ولو بلغ الضرر قدراً لم يكن متوقعاً ، والرأي الآخر القائل بأن توقع سبب الضرر لا يكفي بل يجب أيضاً أن تكون قيمة الضرر ممكناً توقعها وقت العقد . وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية وقررتها صراحة المادة ٢/٢٤١ من القانون المدني المصري ، بما يحسم هذا الخلاف [.

(٢) حقن فرنسي في ٧ يولييه ١٩٢٤ — سيريه ١٩٢٥ — ١ — ٣٢١ ومع ذلك انظر حقن فرنسي في ١١ يونيو ١٩٢٨ — جازيت دي باليه ١٩٢٨ — ٢ — ٣٢٧ — ملزوم ٣٢٨٨ .

(٣) انظر الدكتور سيليان مرقس (المصادر) ص ٣٧٨ — ٣٧٩ [.

عدم توقع المدين للضرر يرجع إلى فعل الدائن ، كأن سكنت الدائن عن إخطار شركة النقل بأن « الطرد » يحتوى على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره ، فإن الشركة لا تكون مسئولة عن هذا الضرر ، إذ من حقها ألا تتوقعه ، وهذا ما كان الشخص المعتاد يفعله . كذلك إذا أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة ، للحصول مثلاً على تعريفة مخفضة للنقل ، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذى يترتب على عدم صحة هذه البيانات . بل إن سكوت المدين عن إعطاء بيانات لازمة قد يعتبر فى بعض الأحوال إخفاء للضرر ، فيكون المدين معذوراً إذا لم يتوقعه . فإذا سكنت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول فى الميعاد لأنه سيشارك فى سباق ، أو سيؤدى امتحاناً ، أو سيحضر اجتماعاً هاماً ، أو سيمضى عقداً ، أو سيتقدم فى مزاد ، أو نحو ذلك من الأشياء العاجلة التى يجب أن تتم فى وقت محدد ، فلا يكون أمين النقل مسئولاً عما يقع من ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخراً عن الميعاد ، وإنما يكون مسئولاً عن الضرر الذى ينجم عن التأخر فى الظروف المعتادة^(١) . أما إذا رجح عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن ، بل إلى سبب أجنبي عنهما معاً ، فإن الميار الموضوعى للشخص المعتاد هو الذى يطبق فى هذه الحالة ، وينظر

(١) [ويبتدى القضاء فى تقدير توقع الضرر أو عدم توقعه بظروف الصادق . فقياً يتعلق بنقل الحقائق بالسكة الحديد على القضاء سلطة تقديرية فى تخفيض قيمة التوىض المطلوب بالنظر إلى حظ المسافر من الشراء والمهمته وإلى الملاحظات التى أحلت بالسفر ، كشروط السفر ، والفرص من الرحلة ، إلى غير ذلك (بيدان ج ٨ ص ٤٣٥ هامش ١) — ويشير بيدان إلى أنه قد طور فى العمل صور مختلفة يجب الانتهاء فيها بميار حسن النية . وضرب مثلاً ذلك حالة من يبيع عقاراً ثم ترخص قيمته بسبب فتح شارع مجاوره ثم يصحى العقار فيرجع المشتري على البائع بالضيان . ويرى بيدان أن البائع فى هذه الحالة لا يكون ملزماً بزيادة القيمة إذا كان حسن النية لأن هذه الزيادة لم تكن متوقعة ، وإنما يلزم بها إذا كان سيئ النية . ويرى بيدان تطبيق هذا الميار فى جميع الحالات الماثلة (بيدان ج ٨ بند ٥٩٨ ص ٤٣٤) . وقد أشرنا إلى هذا المثال لمجرد إيراد الميار الذى استخدم بيدان المثال لإبرازه — أما فيما يتعلق بحكم الحالة التى يتضمنها فيلاحظ أن المادة ٤٤٣ من القانون المصرى تقرر فى هذا الشأن التزام البائى برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق (ولو أقرضت عما كانت عليه وقت المبيع بسبب غير متوقع كفتح طريق مجاور — وهى نفس الحالة التى يشير إليها بيدان فى هذا المثال —) دون قسرة فى ذلك بينما إذا كان البائع حسن النية أو سيئ النية : انظر الجزء الرابع من الوسيط للوئف — (عقد البيع) — بند ٣٥٧ ص ٦٧٩] .

هل كان الشخص المتادى مثل هذه الظروف الخارجية يتوقع الضرر أو لا يتوقعه^(١).

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

(Lien de causalité)

٤٥٤ - هبه البرهات : لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر ، أى أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر . فقد يكون هناك خطأ من المدين ، كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن ، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر . مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التي يقبل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب . ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصبها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتلة ، فتكسر البضائع ، فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين بل من خطأ الدائن نفسه .

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة ، فلا يكلف الدائن إثباتها^(٢) بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة . فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن . والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي ، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي ، أو يرجع إلى خطأ الدائن ، أو يرجع إلى فعل الغير^(٣) والنص صريح في هذا المعنى . فقد قضت المادة ٢١٥ بأنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء

(١) انظر اتفاقاً لتاعمة قصر المسؤولية التقديرية على الضرر المتوقع في مازو ٣ فقرة ٧٣٩١ .

(٢) [قازن : الدكتور سليمان مرقس بند ٣٨٩ س ٢٨٠ وبند ٢٩٠ س ٣٨١]

(٣) [قازن : مرقس س ٣٨١ بند ٢٩٠ حيث يرى أن المدين يستطيع أيضاً أن ينفي علاقة السببية بطريق مباشر بأن يثبت أن الضرر الذي أصابه الدائن كان سيصيبه حتى لو لم يخف من المدين عدم الوفاء بالتزامه] .

بالزامة . ما لم يثبت أن استعمال التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا بد له فيه ^(١) .

٤٥٥ — إمامة : بين مما تقدم أن السببية ركن مستقل عن الخطأ . ويندم ركن السببية مع بقاء ركن الخطأ قائماً ، إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ ، بل يرجع كما قدمنا إلى سبب أجنبي . كذلك ينعدم ركن السببية حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج ، ولكنه لم يكن السبب المباشر . والكلام في السبب الأجنبي ، وفي السبب المنتج والسبب المباشر ، تشترك فيه المسئوليتان العقديّة والتقصيرية . فذلك نرجى بحث هذه المسائل حتى نعرض للمسئولية التقصيرية . فتستوفى هناك بحثها تفصيلاً .

(١) انظر أيضاً المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي .

الفصل الثالث

زوال العقد

٤٥٦ — كيف يزول العقد : العقد يزول بالانقضاء (extinction) والامحلال

(dissolution) والإبطال (annulation) .

فهو يتقضى بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها . وهذا هو مصيره للأولف^(١) .

ولكنه قد يزول قبل تمام تنفيذه ، أو قبل البدء في تنفيذه ، فينحل . فالفرق إذن بين انحلال العقد وانقضائه أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه . والانقضاء لا يكون إلا عند تمام التنفيذ .

وانحلال العقد غير لإبطاله . كلاهما زوال (disparition) للعقد ، ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي ، أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال . والعقد ، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي ، لا يزول لحسب ، بل يعتبر كأن لم يكن .

وقد رأينا فيما مر كيف يبطل العقد . ونبحث الآن كيف يتقضى وكيف ينحل .

٤٥٧ — انقضاء العقد : يجب التمييز هنا بين العقد الفوري والعقد الزمني^(٢) .

فالعقد الفوري ، ولو كان مؤجلاً التنفيذ ، يتقضى بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات .

(١) [انظر بهذا المعنى حشمت أبوسقيت طبعة ١٩٥٤ بند ٣٩٣ — أنور سلطان المصادر طبعة ١٩٦٢ بند ٣٤٨ — وطون سليمان مرقس المصادر طبعة ١٩٦٠ بند ٣٣٠ — وقرب منه عبد المنعم الصلحة بند ٣٦١ — وانظر دى باج ج ٢ ص ٦٧٨ هامش ٢ — وبند ٧٥٤] .

(٢) [انظر سليمان مرقس (المصادر) بند ٣٣١ حيث يميز بين انحلال العقد وانتهاء (أو انتهاء) مدته . ويلاحظ أن انقضاء العقد بانتهاء المدة قاصر على العقود المستمرة (الزمنية) — أما أسباب انحلال العقد فتدور على جميع أنواع العقود] .

فالباع مثلاً يتقضى بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه للمعين ودفع الثمن والوفاء بالعميان
وجميع الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن العقد . وكل هذه الالتزامات ، عندما يحل وقت
الوفاء بها ، تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط .

والعقد الزمني اعضاءه معقود باقضاء الزمن ، لأن الزمن كما قلنا عنصر جوهري
فيه . فالإيجار يتقضى بانتهاء السنة المحددة ، فإذا لم تحدده مدة اقصى بإنهائه من أحد
للتعاقدين مع مراعاة ميعاد الإخطار الذي يمينه القانون أو الاتفاق . وكالإيجار الشركة وعقد
العمل وعقد العمل^(١) .

٤٥٨ — **المحلول العفر** : وينحل العقد قبل اعضاءه ، بل وقبل البدء في تنفيذه في
كثير من الأحيان ، باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون^(٢) . فالانحلال باتفاق
الطرفين هو التقابل (résiliation conventionnelle) . أما الأسباب التي يقرها القانون
لانحلال العقد فأهمها الإنشاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والقسخ
(résolution) .

٤٥٩ — **التقابل** : قد يتقابل المتعاقدان بأن يتفقا على إنهاء العقد . والتقابل يكون
بإيجاب وقبول ، صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلي^(٣) . والأصل أن

(١) انظر في الإيجار م ٥٦٣ ، وفي الشركة م ٥٧٩ ، وفي عقد العمل م ٦٩٤ فقرة ٢ — هنا
وقد سبق العقد حتى بعد انتهاء مدته ، ويكون هنا إجراء استثنائياً يقضى به القانون وظروف استثنائية ،
كما في التصرعات الخاصة بقعود لإيجار المأوى عند اشتداد أزمة الساكن عقب حرب أو نحو ذلك .

وقد يتقضى العقد حتى قبل انتهاء مدته بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد ، كما
في الشركة والمزارعة والإيجار الذي تراعى فيه شخصية المتأجر . [انظر حشمت أبو سبت بند ٣٩٣ —
واظرفى باج ج ٢ بند ٧٦٤ في زوال العقد بوفاة أحد طرفيه — وانظر في أثر الإفلاس وعوارض الأهلية
في زوال العقد : دى باج ج ٢ بند ٧٦٥] .

(٢) [انظر في محاولة وضع نظرية شاملة لأسباب انحلال العقد : دى باج ج ٢ بند ٧٥٢ ص ٦٧٨
وحاشى ١ حيث أشار إلى جهود بلانول وجوسران في هذا السبيل] .

(٣) [انظر آخراً هامش ١ في صحيفة ٦٩٩ — وانظر بيدان ج ٨ بند ٣٠٤ — ودى باج ج ٢
فقرة ٧٥٩ — فقرة ٧٦٢ — وانظر حشمت أبو سبت بند ٣٩٤ ص ٣٥٥ — وأنور سلطان بند
٣٥٠ ص ٤٠٧ — وانظر : مصادر الحق في الفقه الاسلامي لمؤلف — الجزء السادس — ص ٢٦٩
وما بعدها (أحكام الإقالة في الفقه الاسلامي) ص ٢٧٦ — ٢٧٧ (أحكام الإقالة في الفقه العراقي)] .

التقابل ليس له أثر رجعي ، فيكون هناك عقدان متقابلان . فإذا تقابل التبايمان البيع ، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري ، يبقه عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع . وقد يراضى التبايمان على أن يكون لتقابل أثر رجعي . فيعتبر البيع بهذا التقابل كأن لم يكن .

وسواء كان لتقابل أثر رجعي أو لم يكن له هذا الأثر ، فهو على كل حال ، بالنسبة إلى الغير ثم بالنسبة إلى التسجيل . عقد ثان أعقب العقد الأول . ويرتب على ذلك إنه إذا كان العقد الذي حصل التقابل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين ، فالتقابل لا يمس حقوق الغير . وترجع العين إلى مالكها الأصلي متقلة بهذه الحقوق . كذلك يجب تسجيل التقابل كما سجل العقد الأصلي حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول .

== وقد قضت محكمة النقض بأن التناقص (التقابل) كما يكون بإيجاب وإبول صريحين يكون بإيجاب وإبول ضمنيين ، وبحسب محكمة الموضوع إذا هي نالت بالتفسخ الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي التعاقد ، وأن تبين كيف تلاقحت إرادتان على حل العقد (نقض مدني في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٢١ من ٤٧٠) . وقضت أيضاً بأن حصول التناقص من المسائل الموضوعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها . فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التناقص من عبارات واردة في أوراق الدعوى مؤدية إليه ، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض . فإذا كان كلما شرطه المشتري في إنفائه لقبول التناقص هو عرض الثمن المدفوع من جميع المصاريف والمخاطر عرضاً حقيقياً على يد محضر في ظرف أسبوع ، وكانت هذه العبارة لا تدل بظاهرها على أن الإيداع أيضاً في ظرف الأسبوع كان شرطاً للتناقص ، وكان الثابت بالمحكمة أن المشتري تمكن بأن العرض لا يتحقق به فسح البيع مستقلاً في ذلك إلى أن يبلغ العروض لم يكن شاملاً الرسوم التي دفعت توطئة للتسجيل دون أية إشارة إلى شرط الإيداع في الأسبوع ، فإنه لا يجوز للمشتري أن يأخذ على المحكمة أنه قد أخطأ إذ قال بصحة العرض في حين أن إيداع المبلغ العروض لم يتم في الأسبوع (نقض مدني في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٠١ من ٦٠١) . [وانظر أيضاً في التناقص نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ ، بمجموعة المكتب النقض لأحكام النقض السنة الرابعة من ٦٩٨ رقم ٧/١٠٦] .

[وانظر أيضاً نقض مدني ١٩٦١/٤/٦ — مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٤٧ من ٣٥٣ حيث قضى بأنه إذا استرد المشتري في عقد توريد أقطان ما دفعه من الثمن ، حق التمهيد بالتوريد أن ينتج عن الوفاء بالالتزام المقابل وهو توريد القطن ، إعمالاً للمادة ١٦٦ مدني ، وبذلك فيكون العقد قد فسخ بفضل المشتري] .

٤٦٠ — بولغاء بارافه مضروده : وقد يحمل القانون لأحد المتعاقدين الحق في أن يستقل بإلغاء العقد^(١) نص القانون على ذلك في عقود تذكر منها الوكالة والمارية والوديعة والمقاوله والقرض والإيراد المؤبد وعقد التأمين والحية والشركة .

ففي الوكالة ، يجوز للموكل في أى وقت أن ينهى الوكالة (م ٧١٥) ، كما يجوز لوكيل أن ينزل في أى وقت عن التوكيل (م ٧١٦) .

وفي المارية ، يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء المارية (م ٦٤٣ قرة ٣) . ويجوز للمير أن يطلب إنهاء المارية قبل انقضائها في أحوال معينة (م ٦٤٤) .

وفي الوديعة يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بقسليم الشيء في أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة للمودع (م ٧٢٢) .

وفي المقاوله ، لب العمل أن يتحمل من العقد ويوقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه ، على أن يמוש المقاول عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٦٣ قرة ١) .

وفي القرض ، إذا اتفق على القوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء المقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء القوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م ٥٤٤) .

(١) [انظر حشمت أبوسيت بند ٣٩٦ من ٣٥٦ — وأنور سلطان بند ٣٥٢ من ٤٠٨ — وعبد النعم فرج الصده بنده ٣٦٤ من ٣٩٦ (وهو يفضل في هذا المقام تغيير « إنهاء العقد ») — وانظر دى باج ج ٢ بند ٧٦٣] .

[وانظر حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر في ١٩٥١/١٢/٢٦ (المجموعة الرسمية السنة ٥٢ رقم ٣١٤ من ٤٣٠ — حيث قضى بأن للإدارة كطرف في عقد مقصود به المباشرة في قنات « مشروع علم ، الحق دائماً في أن تتدخل من المقد إذا تراءى لها بعد قبولها للقرض أنه في غير الصالح العام ، كما لو ظهر أنه عدم النفع أو أن عرضاً آخر هو أقرب لتحقيق الصالح العام ، فالإدارة لا تلزم قبل العارض بتنفيذ المشروع في ذاته إذا قدرت عدم ملائمة تنفيذه — ولا يكون ذلك منها خطأ تعاقدياً يستتب مسئوليتها ولازمها بأي تمويض بسبب ذلك . وكل ما للطرف الآخر هو أن يسترد حقه وما أنفقه أو تكبده في سبيل تنفيذ غرضه قبل أن تملكه الإدارة بإلغاء عقده] .

وفي الدخول الدائم ، يجوز استبدال الدخول في أى وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلائه الرغبة في ذلك (م ٥٤٦) .

وفي عقد التأمين على الحياة ، يجوز للمؤمن له التمسك بدفع أقساط دورية أن يتحمل في أى وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة (م ٧٥٩) . ويجوز له أيضاً ، متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل ، أن يصفى التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً (م ٧٦٢) .

وفي الحياة ، يجوز للأوهاب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك ، وهذا يعتبر تقايلاً . فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للأوهاب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠—٥٠٣) . والرجوع في هذه الحالة الأخيرة أقرب إلى الفسخ ، لأنه يقع بترخيص من القضاء ويترتب عليه أن تعتبر الحياة كأن لم تكن^(١) .

وفي الشركة ، يجوز للمعكة أن تقضى بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل ، وهذا ضرب من الفسخ . كما يجوز لأى شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها (م ٥٣١) ، وهذا أيضاً ضرب من الفسخ لأنه لا يتم إلا بحكم القضاء^(٢) .

(١) [أنظر : حشمت أبو سبيت بند ٣٩٥ م ٣٥٦ — أنور سلطان بند ٣٥٠ م ٤٠٧ حيث يقرر أن الرجوع في الحياة بقبول من الموهوب له يعتبر من قبيل التقاييل ، إما إذا تم بترخيص من القضاء فهو فسخ . وانظر في الرجوع في الحياة : الجزء الخامس من الوسيط م ١٧٧ بند ١٢٥ وما بعدها — والمراجع المشار إليها فيه — وانظر ص ٢٠٠ بند ٧٧٠] .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدي ثلاثة فصوص في إنشاء العقد ، حذفها لجنة المراجعة جيباً في المشروع النهائي لأنها تطبق للقواعد العامة ، ويمكن الاستثناء عنها بالمادة ٢١٣ من هذا المشروع (تقابلها المادة ١٤٧ من القانون الجديد) .

وهذه الفصوص هي :

م ٢٢٥ من المشروع التمهيدي : لا يجوز إنشاء العقد إلا بإتفاق المتعاقدين جيباً ، وذلك فيما عدا المفرد التي تنهى بموت أحد المتعاقدين .

٤٦١ — الفسخ ووقف التنفيذ: وفي العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد ، وللقاضي سلطة تقدير هذا الطلب ^(١) . ويجوز للمتعاقد أيضاً أن يوقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد .

وقف عند الفسخ والدفع بعدم التنفيذ لأهميتهما ، وتفصل ما يتعلق بهما من الأحكام .

٢٢٦ م من المشروع التمهيدي : ١ — ومع ذلك يجوز أن يفرد أحد المتعاقدين بإلغاء العقد إذا كان هذا الحق قد اشترط في العقد أو نص عليه في القانون . ٧ — فإذا كان من أعطى الحق في إلغاء العقد قد تصف في استعمال هذا الحق جاز الرجوع عليه بالتعويض .

٢٢٧ م من المشروع التمهيدي : إذا أُلغى العقد فلا ينتهي إلا من يوم انحلاله دون أن يكون لذلك أثر رجعي .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : وأصل أن إلغاء العقود لا يقع إلا بإراضي المتعاقدين ، فيجوز مثلاً إلغاء عقد الإيجار إذا كان عمده المدة قبل انقضاء الأجل المعلن له باتفاق المؤجر والمستأجر على ذلك ، ولكن يجوز أن يقع الإلغاء دون حاجة إلى التراضي في أحوال ثلاث : أولاً حالة العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد ملحوظة لقائماً كالزراعة ، فيقع إلغاؤها بموت من كانت شخصيته عملاً للاعتبار . والثانية حالة العقود التي يحتفظ فيها أحد المتعاقدين لنفسه بحق الإلغاء ، فيكون له أن يلغى العقد بإرادته المنفردة ، ويكون للعائد الآخر أن يحتج ما يجب له من التعويض عند إساءة استعمال هذا الحق . أما الحالة الثالثة فهي حالة العقود التي ينص القانون بصدها على تحويل حق الإلغاء بإرادة منفردة ، وأصل في هذه العقود أن تكون غير عمدة المدة (كالشركة والإجارة) ، أو أن تكون قابلة للتفويض بطبيعتها (كالوكالة) ، ويقع الإلغاء في هذه الحالة بالإرادة المنفردة التي خولها القانون ذلك ، في غير إخلال بما يكون للعائد الآخر من حق في التعويض عند الإساءة في استعمال الحق . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ — ٣٣٢ في الملمس) .

هذا ويبين مما قلناه من نصوص المشروع التمهيدي ومذكرته الإيضاحية أن إلغاء العقد بإرادة منفردة قد يكون مشروطاً في العقد ذاته ، لا أتياً من نص في القانون . فيستد من له حق إلغاء العقد بإرادته المنفردة هذا الحق من اتفاق سابق . وهذا ضرب من التنازل يتم باتفاق لإرادتين سابقتين مقرونتين بصور لإرادة لاحقة . ويشترط فيه ألا يتصف صاحب حق الإلغاء في استعمال حقه .

(١) والفسخ هو انحلال العقد بأثر رجعي ، ويختلف عن الإلغاء في أنه يتم عادة بحكم قضائي . [وأصل كما سبق القول أنه لا يجوز أن يستقل أحد المتعاقدين بفسخ العقد لأسباب تبرر ذلك في نظره] وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأن فسخ العقد لا يكون إلا نتيجة لاتفاق المتعاقدين عليه أو لعقود حكم به . ولا يشفع لأحد المتعاقدين في الإقراء بالفسخ قوله بقيام أسباب في نظره بضرورة الفسخ . وعلى هذا فإذا كانت أجرة الطعن قد تمعدت في العقد ببلغ معين للطعن بالأردب من التل ، فإن المصلحة يكونان ملتزمين بهذا الاتفاق ، ولا يسوغ للمؤجر أن يتخذ خريفة لفسخ العقد بإرادته أن وزارة القوميين قررت زيادة الأجر وأن ظروفاً طرأت جعلت تنفيذ العقد مرهقاً له : قضى مدني ١٩٥٧/١٢٤ — محكمة أحكام النقض ٨ رقم ١١ ص ٩٨] .

الفسخ الأول

فسخ العقد (*)

٤٦٢ — **الفسخ والتسوية المقربة**: هناك اتصال بين الفسخ والتسوية العقدية ، فكلما جزاء لعدم قيام الدين بتنفيذ التزامه المتدى . فإذا كان العقد ملزماً للجانبين جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد جزاء عدم تنفيذ الدين لالتزامه كما قدمنا . وجاز له أيضاً أن يطلب بالتعويض ، ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استبقائه والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض ، وهذه هي التسوية العقدية التي فصلنا أحكامها فيما تقدم .

على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزاماته إما من طريق الفسخ وإما من طريق التسوية العقدية ، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثاني في بعض الأحوال . إذ يتفق أن يكون عدم قيام الدين بالتزامه إما

(*) **بعض المراجع** : كايتمان في السبب — مقال ليكلر (Picard) وبريدوم (Prudhomme)

في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٢ ص ٦١ — ص ١٠٩ مقال لبريت (Lebre) في المجلة الاقتصادية سنة ١٩٢٤ ص ٥٨١ — مقال لكاسان (Cassin) ، في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٥ ص ١٥٩ — كاسان (Cassin) رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — موري (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ — بوايه (Boyer) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ — شيفريه (Chevrier) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ليتيه (Lepeltier) رسالة من كان سنة ١٩٣٤ — كونسانتينسكو (Constantinesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ — [في باج ج ٢ ص ٧٨٥ بند ٨٧٢ وما بعده يدان ج ٨ ص ٥٥٨ بند ٧٦٣ وما بعده — مارتو وريجو ج ٢ بند ٢٩٦ وما بعده] — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٢٩ وما بعدها — حتى يجهت بنوى فقرة ٣٣٤ وما بعدها — [أحمد حشمت أبو ستيت (طبعة ١٩٥٤) بند ٣٧٢ وما بعده — سليمان مرقس (المصادر طبعة ١٩٦٠) بند ٣٣٥ وما بعده — أقر سلطان (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٣٥٤ وما بعده — عبد التيم فرج الصمد بند ٣٦٨ ص ٣٩٨ وما بعده — حين طاهر في إلهاء العقد (القاهرة سنة ١٩٥٣) — محمد زكي عبد البر في نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي (رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٠) — عبد الحى حجازى : في مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ (و مجلة المد - القانونية والاقتصادية السنة الأولى ١٩٥٩ ص ١٣٩ و ٤٤٣ — والسنة الثانية ١٩٦٠ ص (١) و ٢٠٥) .

يرجع إلى سبب أجنبي لا يده فيه ، فتبقى مسئوليته العقدية ، ولكن يبقى الفسخ ، بل
إن العقد في هذه الحالة يتفسخ بحكم القانون كما سنرى .

٤٦٣ - **أشأتش** نظرية الفسخ : وليست نظرية الفسخ بالنظرية التي تبده العقل
القانوني ، فيسلم بها بأدى ذى بدء ، بل هي ثمرة تطور طويل . فقد كان القانون
الروماني يأبى التسليم بها . وكان العقد الملزم للجانبين في هذا القانون ينشئ التزامات
مستقلة بعضها عن بعض . ولا تقابل بينهما ، كما قيمنا في نظرية السبب .
فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ ،
ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ . ولكن الرومان بعد تطور
أفصحوا لفكرة الفسخ مجالا ضيقاً في عقد البيع بعد أن أصبح هذا المقدراً رضائياً . فأدخلوا
فيه شرطاً صريحاً يحمل الحق للبائع في فسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن ^(١) . وفي الفقه
الإسلامي لا يعرف الفسخ نظرية عامة ، وإنما أعطى للبائع خيار العقد كشرط لفسخ البيع
إذا لم يستوف الثمن ^(٢) . وكذلك فعل فقهاء القانون الفرنسي القديم ، فقالوا يجوز الفسخ
حتى لو لم يوجد شرط صريح ، ولكن الفسخ كان لا يتم إلا بحكم قضائي . وساعد على ذلك
ظهور نظرية السبب على النحو الذي قدمناه . وقد ربطت فكرة السبب ما بين الالتزامات
للتقابلة في العقد الملزم للجانبين . لا عند تكوين العقد فحسب ، بل أيضاً عند تنفيذه ومن
ثم يكون الفسخ . ثم أخذت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة تبرز بوضوح على
أيدي فقهاء القانون الطبيعي حتى أصبحت أمراً مسلماً ، وقامت نظرية الفسخ على أساسها .

(١) Lex Commissoria (انظر جيرار ص ٧٢٣) [وانظر في تطور نظرية الفسخ في القانون
الروماني وفي القانون الفرنسي : بحث الدكتور عبد المي حجازي في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة
الأولى ص ١٣٩ - ١٤٢ - حشمت أبوسيت بند ٣٧٢ - أنور سلطان بند ٣٥٤ ص ٤١١ -
ومارتن ورنو ج ٢قرة ٢٩٧] .

(٢) [انظر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للزائف - الجزء السادس ص ٢٠٥ - ص ٢٢٢ -
ص ٢٧٤ وما بعدها] .

ولكن الضمين للذي الفرنسي عند ما قل قاعدة الفسخ ظلها متأثرة بالصياغة الرومانية ، فذكر في المادة ١١٨٤ على أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما في ذمته من التزام^(١) . وهو لم يرد بهذا أكثر من أن يقرر القاعدة التي تقضى يجوز فسخ العقد إذا لم يتم المدين بالتزامه . أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته عليه الاعتبار التاريخية التي قلناها .

وليس صحيحاً أن أساس الفسخ هو نظرية الشرط الفاسخ الضمني^(٢) . ولو صح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط فيفسخ العقد من تلقاء نفسه . وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو باتفاق ، وللقاضي حق التقدير فيجب طلب الفسخ أو رفضه ، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتبقي الحكم بالفسخ ، وللدائن أن يمدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه ، كل ذلك على النحو الذي سنبينه فيما يلي^(٣) .

(١) [انظر : دي باج ج ٢ بند ٨٧٥ ص ٧٨٧ وبند ٨٨٦ ص ٧٩٧ - حيث يجمع بين فكرة الجزاء والإرادة الضمنية ، فيقول إن الفسخ جزاء على عدم التنفيذ ، ولكنه مستمد من إرادة المتعاقدين الضمنية ومتفق مع فكرتهما المشتركة المألوفة عن العقد الملزم للجانبين . ولها يقال إن شرط الفسخ ضمني أي مفترض ضمناً في العقد . ولكنه من جهة أخرى يخضع لرؤية القاضي ، باعتباره جزاء] .

(٢) [انظر في تأسيس الفسخ على نظرية الشرط الفاسخ الضمني : الدكتور عبدالحى حجازى في بحثه سالف الذكر (مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الأولى ص ١٤٤ بالمعاش) حيث يقرر أن هذا هو أساس الفسخ في نظر محكمة النقض المصرية (قضى مدنى ١٢/٤ و ١٩٤٧/٥/٨ و ١٩٤٧/٥/١٤ و ١٩٥٣/٥/٢٤ و ١٩٥٥/١١/٢٤ و ١٩٥٦/٥/٣١ - وقضى جنائى ١٩٥٣/٥/١ - للشار إليها) - وانظر في عرض هذا الرأي ماركو وريغو ج ٢ بند ٣١٠] .

(٣) ومن ثم ترى أن استعمال عبارتي « الشرط الفاسخ الضمني » و « الشرط الفاسخ الصريح » ، اللتين تردان كثيراً في لغة القضاء المصري وخاصة في لغة محكمة النقض ، ليس بالتصوير الدقيق [وانظر في هذا المعنى : دي باج ج ٢ بند ٨٧٦ حيث يقول إن عبارة « الشرط الفاسخ الصريح » تتلوى على خلط بين الصرط باعتباره وصفاً في الالتزام - أى واقعة مستقبلية وغير محققة الوقوع يترتب على حدوثها فسخ العقد دون حاجة إلى البعث في التنفيذ وعنده - وبين الشرط الفاسخ الصريح باعتباره جزاء على عدم التنفيذ يقع حتماً بمقتضى شرط في العقد . ولها يؤثر (دي باج) المدول عن عبارتي الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني ، ويرى التعبير عن ذلك بأنه « حق الفسخ في العقود الملزمة للجانبين »] .

ولا نميل إلى اتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ ، كما تذهب جمهرة الفقهاء^(١).
ونؤثر ، كما بينا في نظرية السبب ، أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط
(interdépendance) ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين^(٢) . إذ أن
طبيعة هذه العقود تقتضى أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر
فيبدو أمراً طبيعياً عادلاً أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن
يوقف هو من جانبه تنفيذ ما في ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . أو أن
يتحلل نهائياً من هذا الالتزام ، وهذا هو الفسخ^(٣) .

٤٦٤ — مظهر البحث : الفسخ يكون بحكم القاضى ، وهذا هو الأصل . وقد يكون
بإتفاق المتعاقدين . ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون ، ويسمى عند ذلك انفساخاً .
فنجس نبحت : (١) فسخ العقد بحكم القضاء (٢) فسخ العقد بحكم الاتفاق (٣) انفساخ
العقد بحكم القانون .

(١) [ومن القائلين بتأسيس نظرية الفسخ على نظرية السبب في الفقه المصرى : حشمت أبو سميت
بند ٣٧٣ س ٣٤٠ حيث يرى أن فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة لاضليل لها بغير فكرة السبب —
وعبد الحمى حجازى في بحثه سالف الذكر (مجلة العلوم القانونية السنة الأولى س ١٤٣ — ١٤٤) —
وعبد المم فرج الصفة بند ٣٦٨ س ٤٠٠ — وانظر يمان ج ٨ بند ٧٦٤ — وانظر في عرض هذا
الرأى ونقده : مارى ورنو ج ٢ بند ١٩٠ وبند ٢٨٤ وخاصة بند ٣١١] .

(٢) [انظر في تأييد هذا الرأى : دى باج ج ٢ بند ٨٣٦ س ٧٦٢ وهو يشير الى أن نظرية
السبب عديمة الجدوى في تأصيل فكرة الفسخ — ومارى ورنو ج ٢ بند ٣١٣ و ٣١٤ وكذلك بند
١٩٠ و ٢٨٤ — ورسالة مورى عن نظرية التقابل بين الالتزامات (رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠)] .

(٣) [قارن نظرية العقد لتؤلف فقرة ٦٣٣] ويلاحظ فوق ذلك أن محل نظرية السبب إنما يكون
عند تكوين العقد ، أما محل نظرية الفسخ فيكون عند تنفيذ العقد لا عند تكوينه] .

[انظر في الآراء الفقهية المختلفة في التأصيل القانونى للفسخ . مارى ورنو ج ٢ بند ٣١٠ وما بعده .
وحايشيان أيضاً إلى رأى يجعل المداة أساساً للفسخ (ريبير في القاعدة الحلقية بند ٧٦) . وانظر
كذلك حسين طاهر في إلغاء العقد فقرة ٣٦٠ — فقرة ٣٧١] .

المبحث الأول

الفسخ بحكم القضاء

٤٦٥ - مسائل ثلاث : تتكلم في مسائل ثلاث : (١) شروط المطالبة بالفسخ (٢) كيف يستعمل حق الفسخ (٣) ما يترتب على الفسخ من أثر .

المطلب الأول

شروط المطالبة بالفسخ

٤٦٦ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٧ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ - فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر ، بعد إذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى » .

« ٢ - ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى مجلته »^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٨ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً . وافق فى لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقاً ، وأصبح رقم المادة ١٦١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٥٧ ، فمجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٩ - ص ٣٢٢) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : « يفرض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب الآخر فسخه ، ليقال بذلك من تنفيذ ما التزم به . ويقع الفسخ بناء على حكم يقضى به أو بتراضى المتعاقدين أو بحكم القانون . وبذلك يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً على حسب الأحوال - فى حالة الفسخ القضائى يتخلف أحد المتعاقدين عن =

ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً في هذا الموضوع . وقد كان التقنين القديم ينص في المادة ١١٧/١٧٣ على ما يأتي : « إذا امتنع المدين من وفاة ما هو ملزم به بالتزام ، فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات ، وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذي لم يقر المدين بوفائه فقط » .

على أن نص التقنين الجديد أكثر إحاطة بالموضوع وأوضح بياناً . ومنه يتبين أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد . اثنين منها يصرح بهما النص ، والشرط الثالث تقتضيه طبيعة المطالبة بالفسخ . وهذه الشروط هي : (١) أن يكون العقد ملزماً للجانبين (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذي يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة ، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى .

= الوفاء بالتزامه ، رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً ، ويكون المتعاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل . فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ، وهو يدخل في حدود الإمكان ، كما هو حكم الفرض ، تبين أن يستجيب القاضي لهذا الطلب ، وجاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك . أما إذا اختار الفسخ ، فلا يجبر القاضي على إجابته إليه ، بل يجوز له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب النظرة ، مع إلزامه بالتعويض عند الاقتضاء ، بل ويجوز له أن يقضى بذلك من تلقاء نفسه . وله كذلك ، ولو كان التنفيذ جزئياً ، أن يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف عن تنفيذه إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام . على أن للقاضي أن يجيب الدائن إلى طلبه ويقضى بفسخ العقد مع إلزام المدين بالتعويض دائماً إن كان ثمة محل لذلك . ولا يكون المتعاقد ذاته ، في حالة الفسخ ، أساساً للإلزام بالتعويض إذ هو يتعمد اضداداً يستند أثره بفعل الفسخ ، وإنما يكون مصدر الإلزام في هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره . على أن القاضي لا يحكم بالفسخ إلا بتوافر شروط ثلاثة : أولها أن يظل تنفيذ العقد ممكناً ، والثاني أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه ، والثالث أن يبقى المدين على تخلفه ، فيكون من ذلك مبرراً لقتضاء الفسخ . فإذا اجتمعت هذه الشروط تحقق بذلك ما ينسب إلى المدين من خطأ أو تقصير » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٨) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٨ (مطابق) — الليبي م ١٥٩ (مطابق) — المراكشي م ١٧٧ (موافق) — اللبناني م ٢٣٩ - ٢٤١ (موافق) .

§ ١ - لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين

١٦٧ - العقود الملزمة للجانبين هي وهرها التي يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه ،
النضائي وارتقائي والقانوني : أن يكون العقد ملزماً للجانبين هو شرط عام في جميع أنواع
الفسخ ، سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون. ذلك أن الفسخ ،
بأنواعه الثلاثة ، مبنى على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتعاقبة كما قدمنا . وليس
يوجد إلا العقود الملزمة للجانبين التي ينشأ عنها التزامات متعاقبة . فهي وحدها التي تتوافر
فيها حكمة الفسخ .

وقد قدمنا عند الكلام في تقسيم العقد إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانب واحد
أن بعض العقود التي كانت تعتبر عقوداً ملزمة لجانب واحد في عهد التقنين المدني القديم .
كالعارية والقرض ورهن الحيازة ، يرد عليها الفسخ . وقدّمنا أن الفقهاء اختلفت في أمر
هذه العقود مذاهب شتى . فمنهم من ينكر فيها حق الفسخ . ومنهم من يقره ولكن يسميه
إسقاطاً (déchéance) لا فسخاً (résolution) . ومنهم من يقره على أنه فسخ ويذهب
إلى أن حق الفسخ يكون في العقود الملزمة لجانب واحد . وعندنا أن الفسخ جائز في هذه
العقود لأنها عقود ملزمة للجانبين حتى في عهد القانون المدني القديم ، وقد سبق لنا بيان
ذلك^(١) .

أما العقود التي لا يمكن أن تكون إلا ملزمة لجانب واحد ، كالوديعة ، والكفالة إذا
كانتا بغير أجر والهبة إذا كانت بغير عوض ، فقد قدمنا أنه لا يمكن تصور الفسخ
فيها^(٢) ، فإن طرفاً واحداً هو الملزم ، فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية

(١) انظر : حشمت أبوسبت بند ٣٧٦ ص ٣٤١ وهامش (١) بها — وأثور سلطان بند
٣٥٦ ص ٤١٣ — وعبد النعم فرج الصدة بند ٣٧٠ ص ٤٠١ .

(٢) انظر بهذا المعنى : دى باج ج ٢ بند ٨٧٩ ص ٧٩٠ - وظهر مع ذلك : ببدان ج ٨ بند
٧٦٥ - ٧٦٦ ص ٥٥٩ - ٥٦١ حيث يرى إمكان تطبيق نظرية الفسخ على غير العقود الملزمة
للجانبين متى اشترط فيها المقابل .

مصلحة في طلب الفسخ إذ ليس في ذمته أى التزام يتجمل منه بالفسخ ، بل مصلحته هي في أن يطلب تنفيذ العقد.

٤٦٨ - وكل العقود الملزمة للجانبين بردها عليها الفسخ : وإذا كانت العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ ، فإن الفسخ من جهة أخرى يرد عليها جميعاً^(١). وسنرى أن العقد الزمى يرد عليه الفسخ بأثر يختلف عن أثر الفسخ في العقد الفوري .

وقد كان التقنين المدني القديم يستثنى عقداً واحداً ملزماً للجانبين يمنع فيه الفسخ هو عقد الإيراد المرتب مدى الحياة . فكانت المادة ٤٨٠/٥٨٨ تنص على أنه « يجوز لصاحب الإيراد في حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها »^(٢). فالدائن صاحب الإيراد لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إذا أخل المدين بالتزامه ، وليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العيني ، فيبيع من أموال المدين ما يكفي ريع ثمنه لأداء المرتب المتفق عليه . وقد كنا انتقدنا هذا النص في عهد القانون القديم^(٣) . ورأينا نصاً غريباً يخرج على القواعد العامة دون سبب ظاهر . وقد نقله المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى^(٤) . ومن أجل ذلك ورد التقنين المدني الجديد قاطعاً في هذه المسألة . وقد

(١) [انظر نقض مدنى ١٩٥٤/٤/٢٢ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص ٧٨٨ -
حدث قضى بأن العقد الذى تبرمه الحكومة مع مقالول رست عليه مناقضة أشغال عامة ، سواء اعتبر عقداً
مدنياً أو عقداً إدارياً ، فان وصفه لا يحول دون القضاء بفسخه إذا أخل المقالول بالتزاماته المحددة فيه]

(٢) انظر أيضاً المادة ١٩٧٨ من القانون المدنى الفرنسى ، وهى لا تمنع الفسخ إلا في حالة عدم
الوفاء بالإيراد دون الحالات الأخرى المذكورة في نص القانون المصرى القديم .

(٣) انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٣٨ .

(٤) ويصل الفرنسيون النص الذى ورد في قانونهم بتطبيقات كل منهما عمل للنظر : (الأول) أن عقد
الإيراد المرتب مدى الحياة عقد احتمالى . فإذا سمحنا بفسخ العقد وإعادة الثوب إلى أصله ، وأمکن الدائن
أن يرد إلى المدين ما قبضه من الإيراد ، فإذا استرد المدين ؟ إذا اكتفى باسترداد رأس المال ، يكون
قد حرم من جزء من الثلة المدة التى بقى فيها رأس المال عند المدين هو الفرق ما بين غلة رأس المال =

رد عقد الإبراد المرتب مدى الحياة إلى القواعد العامة ، ولم يمنع فيه الفسخ ، فنصت المادة ٧٤٦ على أنه « إذا لم يتم المدين بالتزامه ، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد ، فإن كان العقد بعوض جاز له أيضاً أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل »^(١).

وذهب القضاء الفرنسي إلى أن عقد القسمة لا يجوز فيه طلب الفسخ إذا لم يتم أحد المتقاسمين بتنفيذ التزامه من الوفاء بمعدل القسمة مثلاً ، وإنما يطلب المتقاسم الذى أحل بالتزامه أن ينفذ هذا الالتزام . ويريد القضاء الفرنسي من ذلك أن يحافظ على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نفض القسمة بالفسخ^(٢) . وهذا القضاء أيضاً محل للنظر . والأولى أن يترك الأمر لتقدير القاضى ، وهو الذى يقلب المصلحة الراجعة فيقضى بالفسخ أو لا يقضى ، وهذه هي القاعدة العامة فى الفسخ فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها^(٣).

== جميعه وغلة المقبوض من الإبراد ، ولذا قيل إن الدائن يسبق ما قبضه من الإبراد ولا يسترد من رأس المال إلا بنسبة ما بقى من عمره إلى ما اقضى منه منذ قبض الإبراد ، صفت معرفة الباقي من عمره إذ ليس لقانون الاحتمال أثر فى حادث فردى — ولم نر هذا التعليل مقنعاً ، فمن السهل عند فسخ العقد أن نحصل الدائن يرد ما قبضه من الإبراد مع فوائده القانونية ويسترد رأس المال مع فوائده القانونية ، وبذلك يفيد كل متعاقداً إلى حالته الأصلية قبل التعاقد (قارن ما أوردناه فى هذا المحصول فى نظرية العقد ص ٦٨٤ هامش رقم ١) . (والتعليل الثانى) أن الدائن يكون عادة فى حاجة إلى الإبراد يؤثره على رأس المال ، فقيه ضمان لحاجته وأمن من تقلبات سعر الاستغلال فيما لو استرد رأس المال ، والفسخ يضع عليه ذلك — ولكن هذا التعليل هو أيضاً غير مقنع ، فإن الفسخ إما يكون جائزاً للدائن لا واجباً عليه ، فإليه إذا رأى المصلحة فى عدم الفسخ إلا أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ ، ويطلب الفسخ إذا كان فى مصلحته كما إذا رأى أنه يستطيع أن يستغل رأس المال عند استرداده على وجه أكثر فحماً .

(١) [انظر حشمت أبو ستيت . (طبعة ١٩٥٤) — هامش ٢ فى صفحة ٣٤١ — وأنور سلطان بند ٣٥٦ ص ٤١٣ حيث يشير إلى أن الفسخ يرد على جميع العقود التبادلية حتى ما كان منها ذا صفة احتمالية كعقد ترتيب الإبراد لمدى الحياة — وانظر الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٤٠١ فقرة ٣٧٠] .

(٢) قاض فرنسى فى ٩ مايو سنة ١٨٣٢ سيرة ١٨٣٢ — ١ — ٣٦٧ .

(٣) على أن القضاء الفرنسي ذاته أجاز اشتراط جواز الفسخ وعقد القسمة (قضى فرنسى فى ٦ يناير سنة ١٨٤٦ دالوز ٤٦ — ١ — ١٦) .

§ ٢ - لا يكون الفسخ إلا إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

٤٦٩ - عرم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي : إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استتاعته لسبب أجنبي ، فإن التزام المدين يتقضى فيتقضى الالتزام المقابل له ، وينفسخ العقد بحكم القانون . وهذا ما ستعرض له بعد قليل .

ومن ذلك نرى إنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلا لسبب أجنبي خرجنا من نطاق الفسخ إلى نطاق الانقضاء^(١) .

٤٧٠ - عرم التنفيذ يرجع إلى فعل المدين : فيجب إذن أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي ، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلا بفعل المدين ، أو لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يتم بالتنفيذ . ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد^(٢) . وقد رأينا أن المسؤولية المقدية تتحقق أيضاً في هذا الفرض ، فيكون للدائن

(١) انظر في هذا المعنى محكمة مصر الوطنية في ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ - الاستقلال ٤ س ٤٦٧ -
نقص فرنسي في ٥ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت دي باليه ١٥ يونيو سنة ١٩٢٠ - قارن نظرية العقد
لؤلؤف من ٦٨٥ هامش رقم ١ والمراجع المشار إليها في هذا المكان .

[وانظر مارتي وريجو ج ٢ بند ٣٠٠ - ودي باج ج ٢ س ٧٩١ بند ٨٨٠ حيث يرى أنه يجب أن يكون عدم التنفيذ خطأ من المدين ، فلا تطبق فكرة الفسخ في حالة استحالة التنفيذ بقوة قاهرة وإنما تطبق فكرة تحمل ثمة الهلاك] .

[وقد قضت محكمة النقض في ١٩٦٢/١١/١ (مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٣ س ٩٤٨) بأنه متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على أسباب قانونية فإن البحث في توافرها يعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض] .

(٢) [انظر بحث الدكتور عبد الحى حجازى السالف ذكره - بند ٢٧ (علم العلوم القانونية (١) س ٤٥٥ - ٤٥٦) حيث يقرر (وفقاً للاتجاه الحديث السائد فى الفقه والقضاء) أن عدم التنفيذ يجب أن يكون راجعاً إلى خطأ المدين - فلا يجوز للدائن طلب الفسخ إذا كان هو المتسبب في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه كما لو رفض قبول الوفاء المروض عليه - أو كان للمدين حق في الامتناع عن الوفاء . وانظر أنور سلطان (المصادر) بند ٣٦٢ س ٤١٨ حيث يشير إلى أن من حق المحكمة أن ترفض دعوى الفسخ إذا كان على الدائن واجب بالتعاون مع المدين على تنفيذ الالتزام ولم يفعل ، كما في حاة المشتري التى لم يتعاون مع البائع في إتمام إجراءات نقل رخصة السيارة المبعة لاسمه (قنن ١٠/٤/١٩٥٢ - مجموعة =

الخيار بين المطالبة بالتعويض على المسؤولية العقدية أو المطالبة بفسخ العقد . بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ ، وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس للمسؤولية العقدية^(١) .

٤٧١ - **حرم التنفيذ الجزئي** : وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً - ويمتد في حكم عدم التنفيذ الجزئي أن يكون التنفيذ معيماً - فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ . والقاضي في استعمال حقه في التقدير بنظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ ، أو يكفي إعطاء مهلة للدين لتسكلة التنفيذ . فإذا رأى القاضي أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ ، بقى عليه أن يرى هل يقضى بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر . ويقضى بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة ، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي من الالتزام^(٢) .

== المكتب الفني لأحكام التقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠) - وأظفر مارتو رينو ج ٢ بند ٣٠٠] .

[ويعتبر أيضاً في حكم عدم التنفيذ ، فيجوز طلب الفسخ ، أن يكون هناك أجل وقبل حلوله يتبين من الظروف أن المدين لن يستطيع الوفاء بالتزامه في الأجل المحدد فلا ضرورة إلى أن يترتب للدائن حتى يحل الأجل وطلب الفسخ عند ذلك ، بل له أن يبادر إلى طلب الفسخ من وقت أن يتبين وجود المدين لهذا الالتزام ، وهذه هي نظرية الجعود المبسر (أظفر في هذه النظرية بحثاً للدكتور محمد ليب شنب ه الجعود المبسر للعقد في مجلة العلوم القانونية - والاقتصادية - السنة الثانية من ٢٥٧ وما بعدها والسنة الثالثة من ١٣٩ وما بعدها) .

(١) [أظفر في جواز التزول عن حق الفسخ بحث الدكتور عبد الحمى حجازي - السابق ذكره - مجلة العلوم القانونية السنة الأولى من ٢٦٦ بند ٣٤ وما بعده - وأظفر فيما يلي من ٧٩٧ هـ ش ٣] .
(٢) [أظفر في الفسخ الجزئي : عبد الحمى حجازي : البحث السابق الذكر بند ١٧ (مجلة العلوم القانونية ١ من ١٨٦ - ١٨٨ وأظفر في التفرقة بين الالتزامات الرئيسية والالتزامات الثانوية أو التبعية في حالة عدم التنفيذ الجزئي : نفس المرجع بند ١٨ من ١٨٩ ويند ١٩ من ١٩٤ - ٢٠٢ - وقرب تقض ١٠/٤/١٩٥٢ - (مجموعة أحكام التقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠ - سابق ذكره) - وأظفر في ذلك أيضاً مارتو ورينو ج ٢ بند ٣٠٠ حيث ورد أن التنفيذ الميب مما يميز الفسخ أيضاً] .

[وقد قضت محكمة مصر الكلية بأنه ينبغي في حالة الفسخ القضائي التفرقة بين ما إذا كان إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية مردد إلى الامتناع عن الوفاء بالتزام أصلي أو الامتناع عن الوفاء بالتزام تبعي . ويقصد بالالتزام الأصلي ذلك الالتزام الذي يحدد طبيعة العقد ويكون من مستزماته التي لا غنى لتكوين العقد عن وجودها . والصفة الجوهرية لهذه الالتزامات الأصلية إنما تكون - بعضها بالنسبة إلى بعض - المقابل القانوني بمعنى أنها تكون سبباً لما يقابلها من التزام . أما الالتزامات التبعية فهي كل التزام غير ==

§ ٣ - لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً للقيام بالتزامه

وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها

٤٧٢ - وجوب أنه يكون الرائن مستعداً للقيام بالتزامه وأنه يكون من الممكن إعادة

الشيء إلى أصله : ويجب أيضاً أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه الذي نشأ من العقد المزمع للجائنين . فليس من العدل أن يحل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام^(١) .

أما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ بحكم القانون انفساخه فيما إذا كانت الاستحالة في جانب المدين .

ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشيء إلى أصله ، فلا بد للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذي يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ . فإذا كان قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد ، وباعه من آخر ، فالتزامه بالزمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه إذ في هذا إخلال بالتزام الضمان . وسنرى

== أصل . والعنصر الأساسي الذي يتميز به هو أنها ترى إلى تحقيق الغرض المصلي الذي يقصده المتعاقدان أو تتطلبه طبيعة العقد ، بمعنى أن هذه الالتزامات ترى إلى أن توفر للعقد جميع آثاره النافعة وتجعله ملائماً للغرور ، ومن المسلم به أن عدم تنفيذ الالتزامات التابعة لا يؤدي إلى فسخ العقد (محكمة القاهرة الابتدائية ٢٦ يونه سنة ١٩٥٤ - المجلد ٣٥ - رقم ٣٨ ص ١٥٢) .

[ولعل المحكمة كانت في غنى التمييز بين التزام أصلي والتزام تبعي بما لها من حق التمديد في الاستجابة لطلب الفسخ ، فإن قررت ألا تستجيب لهذا الطلب رفضت الفسخ ، سواء كان الإخلال واقعاً على التزام تبعي أو التزام أصلي .

على أن التمييز الذي تقول به المحكمة بين التزام أصلي والتزام تبعي يقرب من التمييز في الفقه الإسلامي بين حكم العقد وحقوقه] .

(١) [انظر حشمت أبو ستيت بند ٣٧٨ ص ٣٤٢ حيث يقول إنه إذا كان طالب الفسخ مقصراً فلا يجوز له أن يطلب توقيع جزاء هو حرى بأن يوقم عليه - سليمان مرقس (المصادر) بند ٣٣٩ - وأنور سلطان بند ٣٥٧ ص ٤١٤ وهامش (٣) بها وحكم قض ٢/٦ / ١٩٥٢ - الذي أشار إليه (مجموعة المکتب الفتى لأحكام القضاء ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) - وعبد النعم فرج الصدة بند ٣٧٢ ص ٤٠٧] .

في العقود الزمنية أن الفسخ فيها لا يس ماسبق تنفيذه من هذه العقود ، فليس من الضروري إذن المطالبة بفسخها أن يرد ماسبق تنفيذه .

أما إذا كان المدين هو الذي استحال عليه أن يرد الشيء إلى أصله ، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضى على المدين في هذه الحالة بالتعويض (م ١٦٠) وسيأتي بيان ذلك .

المطلب الثاني

كيف يستعمل حق الفسخ

٤٧٣ - إهزار المدين : قضت الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ بأن الدائن ، حتى يطالب بفسخ العقد ، يعذر المدين مطالبا بإياه بالتنفيذ . ولم يكن في التقنين القديم نص على الإعذار ، ومع ذلك كانت بعض المحاكم تقضى بضرورته^(١) .

على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذارا^(٢) .

وإعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له على كل حال أهمية عملية تظهر في أمرين :
(١) يجعل القاضي أسرع استجابة لطلب الفسخ . (٢) ويجعله أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ^(٣) .

ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في أول أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧٨ ص ١٤٩ -
محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ .

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٩٥ ص ٢١٦ . -
محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٥٠ .

لا يريد القيام بالتزامه^(١). أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل شيء وعمله المدين (٢٠٠ م).

٤٧٤ - صدور حكم بالفسخ : ولا بد من رفع دعوى وصدور حكم بفسخ العقد . ونص المادة ١٥٧ من التقنين الجديد صرح في هذا المعنى ، وقضاء المحاكم في عهد التقنين القديم مضطرد في وجوب صدور حكم بالفسخ^(٢).

وهنا يتجلى الفرق ما بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق . ففي الفسخ بحكم الاتفاق (وكذلك الانقاسخ بحكم القانون) يكون الحكم مقررًا للفسخ لا منشأ له ، أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشأ للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان يتعين لكي تفضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً لشرط الانقاسخ الضمني أن يثبت البائع على المشتري بالوفاء تنبيهاً رسمياً ، إلا أن محل ذلك ألا يكون المشتري قد صرح بعدم رغبته في القيام بالتزامه ، فإن كان المشتري قد عرض ثمتاً أقل مما هو مزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل في الدعوى ، فلا تكون هناك حاجة لكي يصح الحكم بالفسخ إلى ضرورة التنبيه على المشتري بوفاء الثمن المستحق (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٦ من ١٣١) . وانظر أنور سلطان بند ٣٦١ من ٤١٧] .

(٢) قضت محكمة النقض بأنه من المتفق عليه فقهاً وقضاء أن الشرط الفاسخ الضمني ، كال تأخر عن دفع الثمن في ميعاده ، لا يقتضي بطلان الفسخ ، بل لا بد لفسخ العقد من حكم قضائي بذلك ، وهذا الحكم يصدر بناء على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لانسخه (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ١ رقم ٨١ من ١٥٢) - كما قضت أيضاً بأنه إذا لم ينص في عقد البيع على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم في حالة تأخر المشتري عن سداد الثمن فإن الفسخ لا يقع في هذه الحالة إلا إذا صدر به حكم من القضاء (نقض مدني ٨/٢/١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٠ من ١٩٦) [. انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ يناير سنة ١٩٢٢ بالمجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٠ بالمطالبة ١١ رقم ٢٥ من ٤٨ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢٦٢ - وفي ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ من ٤٠٤ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٢٠٨ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤٣٧ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ١٨٧ - وفي ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ من ١٢٣ .] وقد يحدث ، عند إعذار الدائن للمدين أو عند رفع الدعوى على المدين بالفسخ ، أن يرد المدين على الدائن بأنه يقبل الفسخ ، فيكون هذا بمثابة تقابل ذي أثر رجعي ، ويحل الاتفاق في هذه الحالة محل الحكم وله أثره (استئناف مختلط ٣ : نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ٢٣) - وانظر فيما يلي فقرة ٤٨١] .

الحالة من أعمال التصرف . وإذا رفع الوصي دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة^(١) .

٤٧٥ - **الخيار بين الفسخ والتفويض** : فإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتفويض . وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي .

(١) استئناف مصر في ٢٨ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ٣٢٣ من ٦٧١ . [وانظر الدكتور عبد النعم الصدة بند ٣٧٤ ص ٤-٤] .

وقضت محكمة النقض بأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكماً . فالشرط الفاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي ، وللقاضي أن يعمل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل للمدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بمرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تنقضي به المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) موجب للفسخ حتماً ، فلا يملك معه القاضي إمهال المشتري المتخلف عن أداء الثمن ، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إطفاء دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي إلى الوفاء ، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار . وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أثبتت قضاءها بفسخ العقد على أن المشتري إذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني للفرض في جميع العقود التبادلية ، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت إن الفسخ كان متفقاً عليه جزاءاً للتخلف عن أداء الثمن وأنه قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر حق البائع في الفسخ نزولاً على الشرط الفاسخ عملاً بنس المادة ٣٣٤ مدني (قديم) ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها إنها تؤيد الحكم الاستئناف لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متضادين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرطي الفسخ الصريح والضمني طبيعة وحكماً ، وهذا تضارب في أسباب الحكم يبيحه ويستوجب نقضه (نقض مدني في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ من ١٥٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد بين الفسخ الذي قضى به على الشرط الضمني ، ثم جاء الحكم الاستئنافي مقاماً من ماحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائي ، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر (نقض مدني في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٦ من ٣٥) -- على أنه قد يجتمع الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق في عقد واحد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع مذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً ، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس ممتناً أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر عن الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنس القانون وبأن له من غير أي اشتراط في العقد بخصوصه ، فإن تفسيرها لا غبار عليه (نقض مدني في ٢ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ من ٧٥٠) .

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل ، قبل الحكم ، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ . كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه إلى الفسخ^(١) . على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ في طلب واحد^(٢) . كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطرفين^(٣) . ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب منهما نزولاً منه عن الطلب الآخر^(٤) .

(١) استئناف مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ١٣٧ — وفي ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٩٦ — وفي ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٣٨ من ١٨٧ . [وانظر دي باج ج ٢ بند ٨٨٤ — ٨٨٦ . وهو يقرر (بند ٨٨٥ مكرر) أن هذا الخيار ليس خياراً غير قابل للتقضى — مارت ورينو ج ٢ بند ٣٠١ — حشمت أبو ستيت بند ٣٨٠ من ٣٤٣ وهامش (١) بها — أنور سلطان بند ٣٦٣ من ٤٢٠] .

(٢) استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٩٦ وقد سبق الإشارة إليه — وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٨٨ .

(٣) [انظر دي باج ج ٢ من ٧٩٣ بند ٨٨١ حيث يقرر أن نص المادة ١١٨٤ مدني فرنسي هو من النصوص المشكلة لإرادة المتعاقدين وليس من النظام العام ، فيجوز الاثاق على عكسه أو الحد من نطاقه أو الاستثناء عنه بعد تحقق سببه . فالاثاق على عدم طلب الفسخ جائز ، ولو كان ذلك قاصراً على أحد المتعاقدين (هامش ٢ في صحيفة ٧٩٣ وأشار إلى بودري وبارد — التزامات ج ٢ بند ٩٦٧) . وانظر بحث الدكتور حجازي سالف الذكر (س ٤٦٦ — ٤٦٩ من السنة الأولى من مجلة العلوم القانونية) حيث يشير إلى الرأي القائل بعدم جواز النزول عن الحق في طلب الفسخ قبل تحقق سببه ، والرأي الآخر القائل بجواز ذلك والذي يرجحه الدكتور حجازي ، وعندئذ لا يكون للدائن إلا طلب التنفيذ فقط . وأما النزول عن طلب الفسخ بعد تحقق واقعة عدم التنفيذ فهو جائز بلا خلاف] .

(٤) [أنظر : تقضى مدني ١٢/٢٥/١٩٥٢ — مجموعة أحكام التقضى ٤ رقم ٣٨ من ١٣٣ — وعبد المحي حجازي في بحثه السالف الذكر (مجلة العلوم القانونية — ١ — من ٤٧٤ — ٤٩٠ — فقرة ٣٨ — ٤٦) حيث يقرر ، مع الرأي السائد ، جواز المدول عن أى من الطرفين إلى الآخر ولو أمام محكمة الاستئناف] .

ولمحكمة الموضوع أن تقدر هل تعتبر العمل الذي صدر من المدين نزولاً عن أحد الطرفين ، كما إذا تقدم في توزيع لمال المدين ويراد أن يفهم من ذلك نزوله عن الفسخ (تقضى فرنسي في ١٦ مارس سنة ١٨٤٠ سيرة ٤٠ — ١ — ١٣١) وكما إذا رضی ببيع صدر من المشتري منه فترز بذلك عن حقه في المطالبة بفسخ البيع الأول (تقضى فرنسي في ١٥ مارس سنة ١٩٠٩ سيرة ١٩٠٩ — ١ — ٣٩١) وكما إذا أجرى المشتري إصلاحات في العقار الذي اشتراه فترز بذلك ضمناً عن حقه في طلب فسخ البيع (استئناف مختلط في ٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٢٤٩) وكما إذا طالب البائع المشتري بدفع الثمن واتخذ إجراءات تحفظية لتلك فترز ضمناً عن الفسخ (استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٩٦ وقد =

وللمدين كذلك . قبل النطق بالحكم النهائي^(١) ، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ^(٢) ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما إذا كان هناك محل للحكم بتعويض للدائن عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه . ومما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أضر المدين قبل رفع الدعوى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

== سبقت الإشارة إليه) وكذا إذا قدم البائع كدائن بائناً في تخليصة المشتري فلا يجوز له أن يطلب استرداد الثمن المبيع بعد ذلك (استئناف مختلط في ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٨٨ وقد سبقت الإشارة إليه) .

(١) [أنظر : عبد الحى حجازى في بحثه سالف الذكر فقرة ٦٧ وما بعدها (مجلة العلوم القانونية - ٢ - من ٢٧ وما بعدها) حيث يشير إلى أن هنا هو ما استقر عليه الفقه وقضاء القضاة فى فرنسا ومصر ، من جواز قيام المدين بالتنفيذ إلى ما قبل صدور الحكم النهائي ، مما يتمتع معه قانوناً بالحكم بالفسخ ، بعكس الحال فى القانون الإطالى حيث لا يجوز له ذلك بعد رفع الدعوى] .

(٢) [أنظر : دى باج ٢٠ بند ٨٨٧ من ٧٩٧] وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يسوغ للمستأجر أن يمنع الحكم بفسخ عقد الإيجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع المبلغ المستحق قبل صدور الحكم النهائي (أنظر حكم ٢٣ يناير ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ من ٢٨٣) . وقضت أيضاً بأنه إذا طلب البائع من المحكمة فسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع ثمن المبيع ، فلمشتري أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن ، ولو بعد صدور الحكم عليه ، وإنما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشيء المحكوم به أو تأييده استئنافياً . وهذا الحق الذى للمشتري يرجع إليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقديم يد أن حكمت ، ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ ، لأن قبول التماس يبيد إلى الخصوم حقوقهم التى كانت لهم قبل صدور الحكم النقوض (٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ - أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية فى ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ - وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٩ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ١١٤) - على أن كثيراً من أحكام القضاء المختلط كان يذهب إلى عكس ذلك ، ولا يجمل المدين بتجنب الفسخ بأن ينفذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي : استئناف مختلط فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٥٨ - وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ١٠١ - وفى ٩ يناير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٠٩ من ٤٧ - وفى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٣٧١ . ولكن محكمة النقض حسنت الأمر ، فقضت بأنه إذا كان الشرط الذى تضمنته العقد شرطاً فاسخاً ضيقاً ، فلمشتري - إلى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ - الحق فى توقي الفسخ بدفع الثمن . وإذا كان المشتري لم يعرض على البائع باقى الثمن إلا عند رفضه الاستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ ، فمن الخطأ أن تحمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفاته الدرجتين فى حكمها برفض دعوى الفسخ ، إذ هو كان عتقاً فى طلب الفسخ حتى اتقاء المشتري بهذا المرض ، فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا بمصروفات الاستئناف إلى وقت حصول العرض (نقض مدنى فى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ من ٥٨) . [وانظر أيضاً نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ من ١٥٨ - ونقض مدنى ٨ نوفمبر ١٩٦٢ نفس المجموعة ١٣ رقم ١٥١ من ٩٩٢ عن عرض البائع استعماله للتسليم عرضاً غير حقيقى] .

كذلك القاضى ليس محتتماً عليه أن يحكم بالفسخ . بل إن له في ذلك سلطة تقديرية . فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك . وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه^(١) . وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا اعتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جلته » . وما يحمل القاضى على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله في ذلك إهمالاً واضحاً رغماً من إعذار الدائن له قبل رفع الدعوى^(٢) . وما يحمله على استبقاء العقد أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جلته كما يقول النص^(٣) . وما يحمله

(١) [انظر : قس مدنى ٤ إبريل ١٩٥٧ — مجموعة أحكام القس ٨ — رقم ٣٤ من ٢٥٣ — وانظر دى باج ٢ بند ٨٨٩ من ٧٩٩ — ٨٠٠] وانظر : محكمة الاسكندرية الوطنية في ٢٧ مارس ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٤ — محكمة طنطا الكلية في ١٩ يناير ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٣٥ من ٤١٨ — استئناف مخطط في ٢٦ يناير ١٩١١ م ٢٣ من ١٣٩ — وفي أول أبريل ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٥٨ — وفي ٢٨ فبراير ١٩٢٢ م ٣٤ من ٢٠٨ — وفي ١٩ مايو ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤٣٧ — ومع ذلك أظن استئناف مخطط في ١٨ يونيو ١٨٩٠ م ٢ من ٣٥٠ — ولكن التقين الجديد صريح في جواز عدم استجابة القاضى لطلب الفسخ وإعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه .

(٢) أو أن يكون الفسخ مشروطاً صراحة إذا تحققت ظروف معينة على وجه التحديد (استئناف مخطط في ٢٣ نوفمبر ١٩٣٧ م ٥٠ من ٢٦) .

(٣) وقد قضت محكمة القس بأنه إذا لم يتفق على شرط فسخ صريح ، وكان الفسخ مقابلاً على الشرط الفاسخ الضمني ، فإن محكمة الموضوع تلك رفض هذا الطلب في حالة الإخلال الجزئى إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل في قصد الماقتدين فسخ العقد . وسلطة المحكمة في استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقب عليها (قس مدنى في ٤ ديسمبر ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٧ من ٤٩٨) .

[وقضت محكمة القس بالأ معقب على محكمة الموضوع إذا ما ناقشت في حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ ورأت بناء على أسباب سائفة رفضها . وإذن ففى كان الواقع هو أن الطاعن اشترى سيارة من الطعون عليها وتعهدت البائنة بعمل الاجراءات اللازمة لنقل الرخصة لاسم المشتري في مدة لا تزيد على ١٥ يوماً وإلا التزمت برد الثمن الذى قبضته مع فوائده وغرامة قدرت بمبلغ معين ، وكان الحكم لإدعى برفض دعوى الفسخ للتلقة من المشتري قد أتم قضاءه على سببين حاصل أولهما أن تخلف البائنة عن نقل الرخصة للمشتري لم يكن نكولا عن التزام جوهرى لأن ملكية السيارة وحيازتها قد انتقلت للمشتري من =

على إعطاء المدين أجلاً للتنفيذ أن يكون للمدين عذر في تأخره عن التنفيذ^(١)، أو أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر^(٢)، أو أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين^(٣). ولا يمنع القاضي أن يعطى مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى^(٤). وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام

== وقت البيع وأنه يظهر من سكوت المشتري أنه لم يدعى لإثارة هذه المسألة، ولأنه قد ثبت أن المشتري قد سلم البيع واتفق به زهاء ثلاث سنوات ونصف وأن المبيع من الأشياء القابلة للاستهلاك — وحاصل السبب الثاني أن البائنة عرضت على المشتري نقل الرخصة لاسمها فلم يشأ أن يتعاون معها في إتمام الإجراءات، فانه ليس بما قرره هذا الحكم مخالفة للقانون (نقض مدني في ١٠ أبريل ١٩٥٢ — مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠ — وقد سبق الإشارة إليه) [.

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البائع قد تصرف في جزء من الأطنان المبعة أثناء نظر دعوى الفسخ التي أقامها لعدم وفاء المشتري بالتسليم، وعسك المشتري في دفع الدعوى بأن البائع لا يحق له طلب الفسخ بعد أن تصرف في جزء من الأطنان المبعة، وكانت المحكمة إذ قضت بالفسخ قد أقرت قضاءها على أن البائع كان معذوراً في تصرفه، فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون إذ اعتبرت أن التسبب في فسخ العقد هو المشتري دون البائع (نقض مدني ١٩٥٢/٣/٦ — مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) .

(٢) استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ (ولم يقسم المشتري السندات، ولكن ذلك لم يصبه بضرر ما وكان في إمكانه تسليها) — وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨ (أراد البائع لأرض انتهاز فرصة أن المشتري تأخر قليلاً عن دفع جزء من الثمن ليفسخ الصفقة بعد أن ارتفع ثمن الأراضي) .

(٣) وإذا كان هناك خطأ في جانب كل من الطرفين، فقد يدعو ذلك القاضي إلى عدم الحكم بالفسخ والاكتفاء بالتعويض (استئناف مختلط في ٣ فبراير ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٠) وقد يخطئ المدين في تفسير العقد فيتأخر وهو حسن النية عن تنفيذ التزامه، فلا يكون هذا التأخر مبرراً للفسخ (محكمة مصر المختلطة الجزئية في أول فبراير ١٩١٣ جازيت ٣ — ١٧٣ ص ٩٠) [انظر أنور سلطان بند ٣٥٧ ص ٤١٤ وهامش ٣ — ونقض ١٩٥٢/٣/٦ — مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠ — سابق الإشارة إليه] .

(٤) فللقاضي إذن سلطة التقدير، فله أن يفسخ العقد، وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه. وسلطته هذه مسألة موضوعية لا مقب عليها من محكمة النقض. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن فصل محكمة الموضوع في صدد كتابة الأسباب لفسخ التعاقد أمر موضوعي خارج عن رقابة محكمة النقض. فلا ترتيب عليها إذا ما رأت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لا يوجب فسخ التعاقد، وبينت الأسباب التي استندت إليها في ذلك (نقض مدني في ١٨ مايو ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٥ ص ٥٦٦). وقضت ==

بتنفيذ الالتزام في غضونهما ، وليس له أن يمتدداها ، بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى^(١).
ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك^(٢). وهذا بخلاف الأجل الذي يمنعه القاضي في دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز للقاضي في هذا الصدد — طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ — في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم^(٣).

== أيضاً بالأ يكون الشرط الفاسخ مقضياً الفسخ حتماً إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ عند تحققه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار . أما الشرط الضمني الفاسخ فلا يلزم القاضي به ، بل هو يخضع لتقديره . فللقاضي ألا يحكم بالفسخ ، وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تمهد به حتى يصد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ (نقض مدني في ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ من ١٠٨٦). وقضت بأنه لما كان القانون لا يوجب على القاضي في خصوص الشرط الفاسخ الضمني أن يقضى به ، إنما خوله سلطة تقديرية ، فله أن يحكم به ، وله أن يعطى المدين مهلة لقيام بتنفيذ الالتزام في غضونهما ، ولا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (نقض مدني في ٢٣ مارس ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ من ٣٢٣ أنظر أيضاً نقض مدني في ٨ يولييه ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٥١ من ٤١٩ وفي ٣١ مايو ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ من ٧١٢) . [وسرى أن القاضي في الفسخ الاتفاقى ليس له في الأصل هذه السلطة التقديرية بل يتحتم عليه الحكم بالفسخ ؛ ولذلك تجب معرفة ما إذا كنا بصدد الفسخ القضائي أو الفسخ الاتفاقى حتى يتضح ما إذا كان للقاضي هذه السلطة التقديرية أو ليست له (نقض مدني ٢ مايو ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ من ١٥٥)] .

(١) [انظر ييدان ج ٨ بند ٧٦٨ من ٥٦٣ - دي باج ج ١ بند ٨٨٩ - ملون ورينو ج ٢ بند ٣٠١ - حشمت أبو ستيت من ٣٤٤ بند ٣٨٠ - أنور سلطان بند ٣٦٢ من ٤١٩ - وهامش ٢ - عبد الحى حجازي في بحثه السالف الذكر بند ١٣ - مجلة العلوم القانونية - ١ - من ١٦٨ . ولا ضرورة لأن ينص القاضي في حكمه على اعتبار العقد مفسوخاً باقتضاء المهلة (انظر نقض ٢٣/٣/١٩٥٠ - بمجموعة أحكام النقض - ١ - رقم ٩٤ من ٣٧٣ - وقد سبق الإشارة إليه) على أنه يجوز إعطاء مهلة ثانية إذا كانت المهلة الأولى أعطيت في دعوى بالتنفيذ لا في دعوى بالفسخ (نقض فرنسا في ٨ يناير ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ١ - ٤٩٧) .

(٢) نقض مدني في ٢٣ مارس ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ من ٣٧٣ وقد سبق الإشارة إليه - استئناف مخطوط في ١٣ أبريل ١٩٢٢ م ٣٤ من ٢٣٠ .

(٣) [انظر : نقض مدني ٢٣ مايو ١٩٥٣ - بمجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٠٤ من ٥١٠] ونرى من ذلك أن القاضي في دعوى التنفيذ يجوز له أن ينظر المدين إلى آجال ، أى إلى أجل بعد أجل ، لا إلى أجل واحد .

٤٧٦ — تقادم دعوى الفسخ : ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تقادم بها . فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الإعذار ، طبقاً للقواعد العامة في التقادم المقط . وهذا بخلاف دعوى الإبطال ، فقد رأينا أنها تقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال^(١) .

المطلب الثالث

ما يترتب على الفسخ من أثر

٤٧٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٦٠ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

« إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض »^(٢) .

(١) [أنظر : الدكتور أنور سلطان بند ٣٧٠ ص ٤٢٨ — والدكتور عبد النعم الصدة بند ٣٧٤ ص ٤٠٤] — و يوجد بين الفسخ والإبطال ، إلى جانب هذا الفرق ، فرق آخران : (١) يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ويرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى قس في الأهلية أو عيب في الإرادة (ب) فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضي كما بينا ، أما إذا توافر سبب الإبطال فالقاضي ليست له سلطة تقديرية ولا يملك إلا الإبطال ، [وانظر حشمت أبو سبت بند ٣٨٦] .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢١ من المشروع التهيدى على الوجه الآتي : « ١ — إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان ذلك مستحيلاً استبدل به تعويضاً بماله . ٢ — على أن فسخ العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على غرار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ » . وولى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص اكتفاءً بمرود حكمها في نص عام في التسجيل هو المادة ١٣٧ ، وأدخلت تعديلات لفظية على العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى ، فصارت كالآتي : « فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض معادل » ، وأصبح رقم المادة ١٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بعد حذف كلمة « معادل » الواردة في آخر النص خياً لصحة الاتجاه إلى تقرير حكم بخلاف القواعد العامة في التعويض ، وأصبح رقم المادة ١٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٣٢٦ ص ٢٣٠) وجاء في الذاكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى في هذا الصدد ما يأتي : ويترتب على الفسخ قضائياً كان أو اتفاقياً أو قانونياً ، انعدام العقد اصحاباً يستند أثره ، فيجوز كأن لم يكن . وبهذا يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم يحتضى هذا العقد ، بعد أن تم فسخه . وإذا أصبح =

ويلاحظ أن هذا النص عام ، يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . ويتبين من النص أيضاً أنه إذا حكم القاضي بفسخ العقد فإن العقد ينحل ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . فالفسخ له أثر رجعي ، ويعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن ، ويسقط أثره حتى في الماضي ، وإذا كان هذا مفهوماً في الفسخ بحكم الاتفاق أو بحكم القانون ، حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد مفسوخ ولا ينشئ الفسخ ، فإنه أيضاً مفهوم في النسخ بحكم القاضي ولو أن الحكم هنا منشئ للفسخ لا مقرر له . ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ وأن يكون له أثر رجعي ، فالحكم بالشفعة حكم منشئ ولكنه ينقل ملكية العقار للشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم .

والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير .

٤٧٨ — أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين : ينحل العقد ويعتبر كأن لم يكن . ويجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل العقد^(١) .

فإذا كان العقد بيعاً وفسخ ، رد المشتري المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشتري ويرد المبيع بشمراته والثمن بفوائده القانونية ، وذلك كله من وقت المطالبة القضائية طبقاً

= الرد مستجيلاً وجب التعويض على المزمع وفقاً للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق . ومع ذلك فقد استثنى المشروع من حكم هذه القاعدة صورة خاصة تمرن في فسخ العقود الناقلة للملكية العقارات ، فنس على أن هذا الفسخ لا يضر بالغير حسن النية إذا كان قد تلقى من المالك الذي آلت إليه ملكية العقار بمقتضى العقد المفسوخ حقاً على هذا العقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ (أنظر المادة ٣٧٥ من المشروع) . ومؤدى هنا أن يظل حق الغير قائماً ، ويرد العقار مثلاً به ، رغم فسخ العقد الناقل للملكية . وغنى عن البيان أن هذا استثناء يكفل قطعاً معقولا من الحماية لغير حسن النية ، ويهيئ بذلك لتعامل ما يتخلف به من أسباب الاستقرار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٩) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية الأخرى : السوري م ١٦١ (مطابق) — الليبي ١٦٢ (مطابق) — المراق م ١٨٠ (موافق) — اللبناني م ٢٤٢ (موافق) .

(١) [أنظر حشمت أبو ستيت بند ٣٨٤ — مرقس بند ٣٥١ ص ٤٥٤ — آثور سلطان بند ٣٦٧ ص ٤٢٣ — الصلحة بند ٣٧٧ ص ٤٠٨ — ملقن وريز ج ٢ بند ٣٠٧ و ٣٠٣] .

للقواعد العامة^(١) . واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق ، كما رأينا في البطلان . ويسترد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقابله^(٢) .

وإذا بنى المشتري أو غرس في العين المبيعة طبقت القواعد العامة (م ٩٢٤ — ٩٢٥) . ويعتبر المشتري في هذا الخصوص حسن النية أو سيئها تبعاً لما إذا كان الفسخ حكم به له أو عليه^(٣) .

وإذا هلك المبيع ، وكان المشتري هو الذى يطالب بالفسخ ، لم يجب إلى طلبه إذ تتعذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قلنا . ولكنه يستطيع المطالبة بتمويض على أساس المسؤولية العقدية . أما إذا كان البائع هو الذى يطالب بالفسخ ، وهلك المبيع في يد المشتري ، فإن كان الهلاك بخطأ المشتري حكم عليه بالتمويض ، وقد قضت المادة ١٦٠ بأنه إذا استحال الرد حكم بالتمويض كما رأينا . فإذا كان الهلاك بسبب أجنبي ، وطبقت قواعد دفع غير المستحق في هذه الحالة كما طبقناها في حالة البطلان ، وجب القول بأن المشتري وقت أن تسلم المبيع ، والعقد قائم لم يفسخ ، كان حسن النية ، فلا يكون مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا انتفع بأقراض منزل في بناء منزل آخر . وللبائع أن يسترد الشيء التالف في الصورة التى آل إليها دون أن يتقاضى تمويضاً

(١) هذا وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً ، هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، ويقضى بأنه « إذا انحل العقد بسبب أعلان أو الفسخ أو أى سبب آخر ، وتبين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يجبس ما أخذه ما دام التعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه ، أو يقدم ضماناً لهذا الرد وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق الجبس » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأنه تطبيق للقاعدة في حق الجبس . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ م ٣٣٠ في الماخر) — فإذا اعتبرنا أن التزام البائع برد الثمن قد ترتب في ذمته بسبب التزام المشتري برد المبيع وارتبط كل التزام بالآخر (م ٢٤٦) كان لكل من الطرفين أن يجبس ما بيده حتى يسترد ما بيد الآخر . ويكون هذا صحيحاً أيضاً في حالة البطلان .

(٢) استئناف مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ م ٢٨٤ .

(٣) استئناف مختلط في ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ م ٧٠ — وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٢١٨ م ١٣٨ — حتى عيسى في البيع فقرة ١٦٤٨ — نجيب الهلال في البيع فقرة ٧٠٠ م ٤٨١ .

عن التلف . غير أنه لا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ بعد أن يعلم أن المبيع قد هلك بسبب أجنبي ، فغير له في هذه الحالة أن يستيق البيع ، فيطالب بالثمن . وبذلك يتحمل المشتري تبعه الهلاك^(١) .

وللدائن الذي أوجب إلى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان علم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه ، لإهمال أو تعدد^(٢) . والتعويض هنا يبنى على المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية ، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض ، وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين ، ويعتبر العقد هنا واقعة مادية لا عملاً قانونياً كما في البطلان . أما الماقد الذي لم يتم بتنفيذ التزامه فليس له أن يطالب

(١) قارن نظرية العقد المؤلف فقرة ٦٥٦ — وإذا استيق المشتري البيع في يده بعد فسخ البيع ولم يقبل رده فأصبح سبيء النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي ، وجب على المشتري أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤) . وهذا هو الحكم في استرداد ما دفع دون حق إذا هلك في يد من تسلمه وهو سبيء النية .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه « بفسخ حتماً عقد البيع باستحالة تنفيذه ، يستوى في ذلك أن تكون الاستحالة بتقصير المشتري أو بتقصير البائع . ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات من أحد الماقدين على الآخر . فإذا كان المشتري قد أنذر البائع له وكلفه بالحضور أمام الموقد للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر ، ثم رفع عليه دعوى لإثبات التعاقد بينهما ليقوم الحكم فيها مقام عقد رسمي قابل للتسجيل ، وبسبب مطال المدعى عليه وتسويغه لم يحكم نهائياً للمدعى إلا بعد زرع الملكية جبراً ورسو مزاده بالفعل على اللائن المرتين ، فإن هذا يمكن لإثبات أن استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاءا بعد تكليف المشتري للبائع رسمياً بالوفاء بالتزامه ، بما يفسخ به البيع حتماً من تاريخ زرع الملكية ، ويجعل البائع مسئولاً عن النتائج التي ترتبت على هذا الفسخ من رد الثمن مع التضمينات . فإذا حكمت المحكمة في هذه الحالة برفض طلب المدعى بالتضمينات ، واسترداد الثمن المبيع استناداً إلى قيام الحكم الصادر بصحة التعاقد مع سقوط هذا الحكم لمخروج المبيع جبراً من ملك البائع ، كان حكمها خاطئاً متعيناً نقضه » (نكض مدني في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢) .

والحكم فيما قضى به صحيح ، لأن البائع في القضية هو المتضرر بعد أن كلف بالوفاء رسمياً ، ولم تزرع الملكية جبراً عنه إلا بعد هذا التكليف . فالعقد يفسخ عليه ويلتزم بالتعويض . ولكن الذي يؤخذ على الحكم أنه قرر في قاعدة عامة أن العقد يفسخ باستحالة التنفيذ ولو كانت الاستحالة راجعة إلى تقصير المشتري . وقد رأينا أن الاستحالة إذا رجعت إلى تقصير المشتري ، كان للبائع أن يطالبه بالتعويض إما على أساس المسؤولية العقدية ، وفي هذه الحالة يبقى العقد قائماً ، وإما على أساس فسخ العقد مع عدم التعويض .

بالتعويض^(١). وإذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه ، جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية كما قدمنا ، لأن العقد في هذه الحالة بقى قائماً ولم يفسخ . فيصح إذن للدائن أن يحصل على تعويض ، إما مع بقاء العقد على أساس المسؤولية العقدية ، وإما بفسخ العقد على أساس المسؤولية التقصيرية . وهذا هو ما عنته الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ حين قضت بأن للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه « مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض » .

وإذا كان العقد زمنياً كالإيجار ، وفسخ ، لم يكن لفسخه أثر رجعي ، لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصى على هذا الأثر . ذلك أن العقد الزمني يقصد الزمن فيه لذاته ، فالزمن معقود عليه ، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه^(٢) . ويطرب على ذلك أن المدة التي انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها ، ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة ، ويستبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك . وتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض^(٣) ، فيبقى لها فئان امتياز المؤجر^(٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن فسخ العقد بسبب خطأ أحد الماقدن لا يجعل له الحق في المطالبة بتعويض (نقض مدني في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٥ ص ٥٢٠) .

(٢) أنظر في هذا المعنى رسالة الدكتور عبد الحمى حجازي في عقد المدة ص ١٨٩ — ص ٢٠٠ ، وما أشار إليه من أحكام القضاة الفرنسي والمصري ومن أقوال الفقهاء . وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٥٦ — وقارن أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ يولية سنة ١٩٢٥ المأهامة ٦ رقم ٩٨ [وانظر الدكتور سليمان مرقس : المصادر بند ٣٥٢ ص ٤٥٦ — وأنور سلطان بند ٣٦٨ ص ٤٣٥] .

(٣) أنظر في تحرير التعويض عن فسخ العقد الزمني رسالة الدكتور عبد الحمى حجازي في عقد المدة ص ٢٠٠ — ص ٢٠٩ .

(٤) وهذا بخلاف لإبطال العقد الزمني ، فإن العقد يعتبر كأن لم يكن بالإبطال ، ويكون المستحق عن المدة السابقة على الحكم بالإبطال تعويضاً لأجرة ، فلا يكفه امتياز المؤجر ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في البطلان .

وليس فيما قرناه إلتطبيق للقواعد العامة . وقد نحرنا أن نطبق هذه القواعد في حالة الفسخ كما طبقناها في حالة البطلان^(١) .

٤٧٩ — أمر الفسخ بالنسبة إلى الغير^(٢) : ينحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعي أيضاً . فإذا كان العقد بيعاً ، وباع المشتري العين إلى مشتر ثان أو رتب عليها حقاً عينياً كحق ارتفاق أو حق انتفاع ، ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه ، رجعت العين إليه خالية من هذه الحقوق .

على أنه يجب ، للوصول إلى هذه النتيجة ، تسجيل دعوى الفسخ على غرار تسجيل دعوى البطلان . وقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه « يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي تضمنه المحرر وجوداً أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » .

(١) ودعوى الفسخ كدعوى الإبطال دعوى شخصية ، لا يطلب فيها إلا الحكم بفسخ العقد . فإذا اقترنت بطلب رد الشيء كانت الدعوى شخصية أيضاً ، لأن الطالب يكون مبنياً على التزام شخصي هو رد ما تسلمه الدين دون حق كما قدمنا .

وبلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الفائز في مقام الفائز المتنازع من الناحية العملية . ذلك لأنه يسترد ما أعطاه دون أن يشترك معه فيه بقية دائي الدين ، فهو ممتاز من هذه الناحية ، بعكس ما إذا اقتصر على طلب تنفيذ العقد ، فإنه يصبح في هذه الحالة كبقية الفائزين ، ويشترك هؤلاء معه شركة غرماء . فدعوى الفسخ والمقاصة والحق في المجلس وحق الامتياز ، كل هذه تمنع غرضاً عملياً واحداً .

(٢) [انظر حشمت أبو ستيت بند ٣٨٥ — سليمان مرقس بند ٣٥٤ — ٣٥٥ من ٤٥٨ — ٤٥٩ — أنور سلطان بند ٣٦٩ من ٤٢٦ — عبد النعم فرج الصدة بند ٣٧٨ من ٤٠٨] .

و يبين من ذلك أن النير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، فإن حقه يزول بفسخ العقد ، سواء كان سيء النية أو حسنها . أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، بأى سبب من أسباب كسب الحقوق العينية ، فإن حقه يزول إذا كان سيء النية ، ويبقى إذا كان حسن النية .

وقد ورد نص خاص لمصلحة الدائن المرتهن رهنًا رسمياً ، هو المادة ١٠٣٤ ، وتقضى بأنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ويستبر هذا النص تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة التى وردت فى المادة ١٧ من قانون الشهر القارى .

وقد سبق بيان كل ذلك فى البطلان ، والفسخ مثل البطلان فى الأثر^(١) .

المبحث الثانى

الفسخ بحكم الاتفاق

٤٨٠ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٨ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعنى من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه »^(٢) . ولا يقابل هذا النص فى التقنين القديم إلا نص

(١) انظر فى مقارنة الفسخ بالبطلان : الدكتور حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام — طبعة ١٩٥٤ — بند ٣٨٦ ص ٣٤٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٩ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لولا بسى خلاف لفظى . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٦٢ من المشروع النهائى . ووافق عليه —

وردد في عقد البيع ، هو المادة ٤١٦/٣٣٤ ، التي جرت على النحو الآتي :

« إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة في هذه الحالة أن تعطي ميعاداً للمشتري ، بل يفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط في العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمي » .

ولم يستحدث التقنين الجديد في هذا الصدد شيئاً إلا أنه عم القاعدة التي وردت في عقد البيع ، وهذا ما كان القضاء المصري يجري عليه من قبل دون حاجة إلى نص .

٤٨١ — متى يكون الانقضاء على الفسخ — التدرج في هذا الانقضاء : قد يتفق المتعاقدان على فسخ العقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه . فإذا تم هذا الاتفاق بعد أن يخل المتعاقد بالتزامه فعلاً — ويقع ذلك غالباً في ثانياً لإجراءات التقاضي بأن يرفع الدائن دعوى الفسخ فيعلمه المدين بقبول الفسخ قبل صدور حكم في الدعوى — كان هذا

== مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بتعديل لفظي جله مطابقاً لنص الوارد في القانون الجديد ، تحت رقم المادة ١٥٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٢ — ص ٣٢٣) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما الفسخ الاتفاق فيفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائي عند التخلي عن الوفاء . ويفضى مثل هذا الاتفاق إلى حرمان الماقد من ضمانتين : (١) فالمقد يفسخ حتماً دون أن يكون لهذا الماقد ، بل ولا للقاضي ، خيار بين الفسخ والتفويض . (ب) ويقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للتقاضي . على أن ذلك لا يقبل المدين من ضرورة التراض إلى القضاء عند منازعة المدين في واقعة تنفيذ العقد . بيد أن مهمة القاضي تقتصر ، في هذه الحالة ، على التثبت من هذه الواقعة ، فإذا تحققت لديه صحتها أتى على العقد ، وإلا قضى بالفسخ . على أن حرمان المدين من هاتين الضامتين لا يسقط عنه ضمانة أخرى ، تتمثل في ضرورة الإعذار ، ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٨) .

ويقابل النص في التقديرات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٥٩ (مطابق) — الليبي م ١٦٠ (مطابق) — العراقي م ١٧٨ (موافق) — اللبناني م ٤/٢٤١ (موافق) .

بمثابة تقابل ذي أثر رجعي^(١). وبحل الاتفاق في هذه الحالة محل الحكم وله أثره ، ما لم يكن هناك توافق بين المتعاقدين للاضرار بحقوق الغير^(٢).

ولكن الغالب في العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ مقدماً وقت صدور العقد^(٣).

وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان في اشتراط الفسخ وقت صدور العقد . فأدنى مراتب هذا الشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذ لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . وقد يزيدان في قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه . بل قد يتدرجان في القوة إلى حد الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصلان إلى القروة فيتفقان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو دون حاجة إلى إنذار .

ونبحث الآن في حكم كل شرط من هذه الشروط ، مستهدين في ذلك بما جرى عليه القضاء في عهد التقنين القديم ، إذ لم يغير التقنين الجديد من ذلك شيئاً كما قدما .

٤٨٢ — اتفاق على أنه يكون العقد مفسوخاً : حكم هذا الشرط يتوقف على نية المتعاقدين ، فقد يكونان أرادا به تحتمل الفسخ إذا أحل المدين بالتزامه ، فيتجه على القاضي

(١) استئناف مخطوط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٧٦ م ٣٣ . وانظر أيضاً فقرة ٣٧٤ في المامش .

(٢) استئناف مخطوط في ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ م ١٢٦ — وهذه هي الدعوى البوليصية . أما إذا كسب الغير حقاً عينياً قبل تسجيل دعوى الفسخ وكان حسن النية ، فإن حقه يبقى نافذاً قبل الدائن بالرغم من الفسخ حتى لو لم يكن هناك توافق ، وقد تقدم بيان ذلك .

(٣) [انظر في الفسخ الاتفاق : حشمت أبوستيت بند ٣٨١ م ٣٤٤ — سليمان مرشس بند ٤ م (ويسمى الفسخ التلقائي) — أنور سلطان بند ٣٦٥ م ٤٢١ — عبد التمام الصدة بند ٣٧٥ م ٤٠٤ — بيدان ج ٨ بند ٧٦٩ م ٥٦٤ — دي باج ج ٢ بند ٨٩٧ وما بعده — مارتى ورينو ج ٢ بند ٣٠٥ — جان باريسان (Jean Barricand) : شرط الفسخ الصريح في العقود (مقال في المجلة التعليلية لقانون المدين سنة ١٩٥٧ صحيفة ٤٣٣ وما بعدها) — عبد الحى حجازى : مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ (مقال في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الأولى م ١٤٦ — ١٤٧ م ٤٤٣ وما بعدها — والسنة الثانية من المجلة المذكورة م ١ وما بعدها ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا المقال) .

في هذه الحالة أن يحكم بالفسخ . ولكن هذا لا يفي عن رفع الدعوى بالفسخ ولا عن الإعذار^(١) .

إلا أنه من الصعب استخلاص نية كنهه من مجرد ورود شرط على هذا النحو . والفالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يقررا في ألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ . وعلى ذلك لا يفي الشرط عن الإعذار ، ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ ، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية ، فلا يتعم عليه الحكم بالفسخ ، وله أن يعطى للمدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . بل هو لا يسلب الدين حقه من توقي الفسخ بتنفيذ الالتزام إلى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ . وهذا هو ما قرره محكمة النقض في أحكامها الأخيرة . فقد قضت بأن شرط الفسخ لا يعتبر صريحا في معنى المادة ٣٣٤ من التقنين المدني (القديم) إلا إذا كان يفيد انفساخ عقد البيع من تلقاء نفسه . أما إذا تمهد المشتري بأداء باقي ثمن المبيع في ميعاد عينه ، فإن لم يؤده في هذا الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديدا للشرط الفاسخ الضمني المنصوص عليه في المادة ٣٣٢ من التقنين المدني (القديم)^(٢) .

(١) محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ — محكمة مصر الكلية الوطنية في ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨ — استئناف مخطوط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ م ٣٢٣ — وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٦٥ م ٩٣١ — وفارن استئناف مخطوط في ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ١٥٩ .

(٢) قضى مدني في ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ م ٥٨ — وقضت محكمة النقض أيضا بأن الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه . ولما كانت عبارة الشرط الواردة في نهاية عقد الصلح ، ونصها « إذا أخلت المشتري بشروط هذا الصلح أو أحدهما فيكون البيع لاغيا » لا تفيد المعنى الذي ينحسب إليه الطاعنان ، بل ما هي إلا ترديد للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملتزمة للجانبين (قضى مدني في ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام التقنين ١ رقم ١٧٧) — انظر أيضا محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٣ يناير سنة ١٩٥٠ — المجموعة الرسمية ١ م ٨٣ — وفي ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ — استئناف مخطوط في ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ م ١٢ م ٢٦٢ .

٤٨٣ — **الوقاف على أنه بكونه العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه** (de plein droit) :
ويفسر هذا الشرط في أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية ، فلا يستطيع
إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه ، ولا يملك إلا الحكم بالفسخ . فيصبح الحكم بالفسخ
محتماً كالحكم بالإبطال . ولكن الشرط لا يفنى عن إعذار المدين ، ولا عن رفع
الدعوى بالفسخ . ويكون الحكم منشأً للفسخ لا مقررأ له ، كما هو الأمر في القاعدة
العامة للفسخ .

ولا تمارض في هذه الحالة بين إعذار الدائن المدين وتكليفه بالتنفيذ ، وبين المطالبة
بفسخ العقد بعد ذلك . فإن الإعذار لا يعتبر تنازلاً عن المطالبة بفسخ العقد ، بل هو شرط
واجب لرفع دعوى الفسخ . وهذا هو ماقررتة محكمة النقض ، إذ قضت « بأن المادة ٣٣٤
من القانون المدني (القديم) تقتضى أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم
دفع الثمن ، كان على القاضي إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إذاره بإنذار ،
ما لم يف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعذار . ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع
يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بإنذاره أى يكلفه الوفاء . فإذا لم يدفع كان
البائع في حل من أعمال خياره في الفسخ . وإن فباطل زعم المشتري أن الإنذار الموجه
إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب
اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط
الفاسخ الصريح » ^(١).

[= وانظر قس مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام القس ١ رقم ٥١ س ١٧٧ — أول مايو
سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٦ س ٩٨٨ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام
النقض ٦ رقم ٢٠٦ س ١٥١٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩
س ٣٧٥] .

(١) قس مدني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ س ٦٨٨ — انظر أيضاً
محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٧٦ — وقد
سبقت الإشارة إلى هذا الحكم — واستئناف مخطوط في ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ س ١٦٥ — وفي ٦ يونيو
سنة ١٩٠١ م ١٣ س ٣٦٢ — وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ س ١١ .

٤٨٤ - الاتفاق على أنه يكون العقد مفسوماً من تلقاء نفسه دونه حاجة إلى حكم :

وهذا الشرط معناه أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه . فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا للحكم ينشئ فسخ العقد وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين في إعمال الشرط وادعى أنه قام بتنفيذ التزامه . فيقتصر القاضي في هذه الحالة على التحقق من أن المدين لم ينفذ التزامه . فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ ، ولكن حكمه يكون مقررأ للفسخ لا منشأ له .

ولا يفي الشرط من إعذار المدين^(١) . فإذا أراد الدائن إعمال الشرط ، وجب عليه تكليف المدين بالوفاء . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعذار ، انفسخ العقد من تلقاء نفسه على النحو الذى يبيناه فيما تقدم .

على أنه لا شيء يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلا من فسخه ، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ^(٢) .

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن «الاتفاق في عقد الإيجار على أن يفسخه تأخر المستأجر في دفع الأجرة ليس تعليقاً للعقد على شرط فاسخ بكل معناه ، فإن النتيجة اللازمة لهذا التعليق هي أن يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد التأخر في سداد

(١) انظر عبد الحى حجازى ، المقال السابق ذكره ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الثانية ص ٢٦ وهامش (١) بها — وحكم النقض المشار إليه ثمة (وصحة تاريخه : ٢٣ ديسمبر ١٩٤٨) وهو منشور بمجموعة عمر جزء (٥) رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ — وقد سبق الإشارة إليه [.

(٢) [انظر مقال الدكتور حجازى السابق ذكره — بند ٤٧ و ٤٨ (مجلة العلوم القانونية السنة الثانية ص ١ — ١٧ . وانظر دى باج ج ٢ بند ٨٩٧ ص ٨٠٣ — وأنور سلطان بند ٣٦٥ ص ٤٢١ .

وانظر في ضرورة طلب الفسخ ، بالنسبة لشرط الفسخ الضنى : دى باج ج ٢ بند ٨٨٤ و ٨٨٥ ص ٧٩٤ — ونقض مدنى ١٣ ديسمبر ١٩٥٦ (مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥) حيث قضى بأن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدي إلى انقضاء العقد مادام من وضع هذا الشرط لمصلحة لم يطلب الفسخ . وانظر آتفاقرة ٤٧٤ من هذا الكتاب وهوامشها [.

الأجرة بنور خيار الدائن ، وقد يرغب الاستمرار في تنفيذ العقد عيناً رغم التأخر في السداد ، وبذلك يكون فسخ العقد خاضعاً لمطل المستأجر ورغبته . إنما هو اتفاق مقصود به تحسين مركز المؤجر وتقوية ضمانه قبل المستأجر . فالفسخ هو حق له ، يجوز أن يتمسك به أو يتنازل عنه ، وبذلك لا يقع الفسخ إلا إذا اختاره بالتنبيه على المستأجر بذلك ، إلا إذا اتفق على إعاقته من هذا التنبيه بنص صريح في العقد . وهذه الفكرة هي رجوع عن قاعدة الفسخ القضائي ، وهي قاعدة القانون الفرنسي المعروفة . إلى قاعدة التشريع الألماني الذي يعلق فسخ العقد لا على قضاء القاضي ، بل على خيار الدائن وإعلان هذا الخيار للمدين^(١) .

٤٨٥ — **الرضا على أنه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار** : وهذا هو أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة . وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون حاجة إلى إنذار المدين ، ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقرر لإعمال الشرط على النحو الذي يبناه فيما تقدم ، ويكون إذن مقررًا للفسخ لا منشأً له^(٢) . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اتفق على أن يكون العقد

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية [دائرة القضاء المستعجل] في ٣٠ يولي ١٩٣٢ — المحاماة — ١٣ — رقم ٩٥ — ٢١٦ — انظر أيضاً محكمة أسبوط الكلية في ١٥ فبراير ١٩٢٨ — المحاماة — ٩ — رقم ٢٢٠ من ٦٦٩ — استئناف مخطط في ١٢ ديسمبر ١٩١٦ م ٢٩ من ١٠٠ — وفي ٢٠ نوفمبر ١٩٣٠ — جازيت ٢٢ رقم ٢٤١ من ٢٠٩ — وفي ٢٠ مارس ١٩٣٥ — م ٤٧ من ٢١١ — وفي ١٨ مايو ١٩٣٧ م ٤٩ من ٢٢٦ .

وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية أيضاً بأن ه الحالة الوحيدة التي يجوز للطرفين فيها الاتفاق على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بإخلاء المستأجر عند تأخره في أداء الأجرة هي التي ينص فيها على أن هذا التأخر يفسخ العقد بنور حاجة لاستصدار حكم بذلك ، فهذا النص يقع الفسخ بمجرد التأخر في سداد الأجرة [محكمة مصر الكلية (مستعجل) في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٣٢ — المحاماة ١٣ رقم ٣٠٠ من ٥٨٧] ويتبين من ذلك أن قاضي الأمور المستعجلة يكون مختصاً في الأحوال التي يكون فيها الحكم مقررًا للفسخ لا منشأً له ، ذلك أن القاضي يجد أمامه عقداً مفسوخاً ، لا عقداً يطلب منه أن يفسخه مما يضطره إلى الخوض في مسائل موضوعية .

(٢) ولكن للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله [قضى مدني ٢٦ مارس ١٩٥٣ — مجموعة أحكام النقض — ٤ — رقم ١١٠ من ٧٣٨] وقد استعملت محكمة

مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار . والاتفاق على الإعفاء من شرط الإغذار يجب أن يكون صريحاً ، كما يقضى نص المادة ١٥٨ ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات المقد لا يتطوى عليه من خطورة بالنسبة إلى المدين .

ويلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه ، وإلا كان تحت رحمة المدين ، إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن تنفيذ التزامه . ويترتب على ذلك أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك ، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان الدائن لم يتمسك به^(١) .

ومن ثم نرى أن هذا الشرط هو وسط بين الفسخ القضائي والافساح بحكم القانون .

= الاستئناف المختلطة حق الرقابة هنا في قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف « الشيك » الحول إليه ، كان العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون إنذار ، فلتنع المصرف من صرف « الشيك » لبعض إجراءات شكلية . وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود في المصرف وإن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة « الشيك » أو أن يعطيه « شيك آخر » . فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن منتزعت في تقديره ، وأن العقد لم يفسخ بل يزال قائماً (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤) — وفي قضية أخرى اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد ، فنقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ القوي كان موجوداً في العقد الأول ، ولا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١) وفي قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر مدين في دفع قسط ، وقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميلاد ، ثم تمسك فجأة بحقه في الفسخ عندما تأخر المدين عن ميلاد قسط ، فإن تساهله السابق يحمل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط في ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) .

(١) [وإذا نزل عنه الدائن ، عاد للمدين الحق في الوفاء بالتزامه قبل الحكم بالصنح وفقاً لأحكام الفسخ القضائي (قض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام التقاضي رقم ١٤٥ سنة ١٩٢٣] . فإذن في هذا الصدد ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أنه « إذا نص في عقد بيع أنه إذا تأخر المشتري عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال ، كان للمشتري الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما للبائع سواء بسواء (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحلطة ٤ رقم ٢٧٠ ص ٣٢٩) ولكن يلاحظ في هذه القضية أن المشتري قد دفع عربوناً للبائع فيحق له الرجوع في اليوم ويصبح العربون حقاً مكتسباً للبائع .

فهو أعلى من الفسخ القضائي — وكذلك أعلى من اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه — في أن الحكم بالفسخ فيه إذا قامت حاجة لصدوره ، يكون مقررراً للفسخ لا منشئاً له^(١) . وهو أدنى من الانسحاب بحكم القانون في أن العقد لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك .

وهذه المبادئ قررتها محكمة النقض . فقد قضت بأنه « إذا كان العقد مشروطاً فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه ، فلمؤجر اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمي أو تكليف بالوفاء ، وله الحق في تسليم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضي الأمور المستعجلة ، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ . ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلًا فضلاً إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها . ولا يؤثر في مدلول هذا الشرط وأثره القانوني أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده ، لأنه في الواقع موضوع لمصلحته هو دون المستأجر . والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتضاره على طلب الأجرة في دعوى سابقة هو قول مردود . لأن التنازل الضمني عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه . وليس في المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك ، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التي يترتب الفسخ على التأخر في دفعها^(٢) .

(١) انظر قضي مدني ١٤/٤/١٩٥٥ (مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٤ من ١٩٤٦) حيث قضى بأن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، يترتب عليه الفسخ حتماً بمجرد تحقق الشرط بغیر ما حاجة لرفع دعوى الفسخ ، ولا يملك القاضي في هذه الحالة سلطة تقديرية يستطيع معها إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه ولا يكون حكمه منشئاً للفسخ] .

(٢) قضي مدني في ١٢ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ١٩٢ من ٥٤٠ — انظر أيضاً استئناف مصر الوطنية في ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٦ من ١٦٣ — استئناف مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢ من ٢٦٠ — وفي ١٣ مايو سنة ١٨٨٦ بوربلي م ١٧٧ — وفي ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ من ٣٦٢ — وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ١٠ =

== وفي ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٦ — وفي ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠ —
 — وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ١٧ ص ٢٠ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨
 ص ٨١ — وفي ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ — وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨
 ص ٩٢ .

وقضت محكمة النقض أيضاً في هذا المعنى بأنه « متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمي أو غير رسمي ، فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير عملاً بالمادة ٣٣٤ مدني (قديم) . ولا يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . ومتى وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد فإن لإيداع الثمن ليس من شأنه أن يعد العقد بعد أخاذه » (نقض مدني في ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧) .

هذا وليس من الضروري أن يوضح الشرط الذي نحن بصدده في الصيغة المتقدم ذكرها . بل إن أية صيغة تدل على هذا المعنى كافية . ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه « إذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك المطلوبه على أقساط وبأوت يقدم له عقاراً بصفة رهن تأمناً للسداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على متقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات القارية عدم وجود أي حق عيني مقدم عليه ، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين القاري بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها في العقد كان البنك في حل من قبول التقسيط ، وتعرفت نية المدين في عدم تقديمه التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك بالتقسيط وبأحقته في الاستمرار في التنفيذ بدنيه على المتقولات والعقارات دون أن يكون ملزماً بتكليف الدين رسمياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القوانين في شيء » (نقض مدني في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦) . وقضت أيضاً « بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح في معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) . وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفي عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه . ونصاً على أنه عند إخلال المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أي اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد مسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تحمل ما استخلصه الحكم منها » (نقض مدني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

[وانظر في أن الاتفاق على ميعاد دفع الثمن وتسليم المبيع في بيع المتقولات يكون بمثابة اتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعداء إذا لم يدفع الثمن ، إلى المادة ٤٦١ مدني . وانظر في ذلك الدكتور سليمان مرقس (المصادر) بند ٣٤٥ ص ٤٤٦ — والدكتور أنور سلطان بند ٣٦١ ص ٤١٧ — ودعي باج ج ٢ بند ٨٨٨] .

٤٨٦ — ما يترتب على الفسخ الوضائقي من أثر : ذكرنا فيما تقدم أن نص المادة ١٦٠ هو نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو باتفاق المتعاقدين أو بمقتضى القانون .

فإذا فسخ العقد بحكم الاتفاق ، في أية صورة من الصور التي تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم مقرر أو بغير حكم أصلا ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م ١٦٠) .

وينحل العقد بأثر رجعى ، ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، وذلك فيما عدا العقود الزمنية ، كل هذا على التفصيل الذى تقدم بيانه عند الكلام في أثر الفسخ بحكم القاضي^(١) .

المبحث الثالث

انفساخ العقد بحكم القانون

٤٨٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٩ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه »^(٢) .

(١) [انظر فى إبطال الدائن للدين وأثر ذلك على الشرط الفاسخ الصريح : مقال الدكتور حجازى السالف ذكره — مجلة العلوم القانونية السنة (٢) ص ١١ — ١٢ — وانظر فى جواز قيام المدين بالتنفيذ ولو بعد الإبعاد قبل أن يستعمل الدائن حقه فى الفسخ — والفرقة فى ذلك بين الأجل الموهوم والأجل غير الموهوم : نفس المقال — المجلة المذكورة السنة (٢) ص ٢٠٥ — ٢٤٥] .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٠ من المشروع الممهدى على الوجه الآتى :

« فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى ، مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتضى » وحذفت لجنة المراجعة عبارة « مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتضى » ، وأصبح رقم المادة ١٦٣ =

ويجب أن يقرأ مع هذا النص نصان آخران متصلان به أوثق الاتصال ، هما المادتان ٣٧٣ و ٢١٥ .

فالمادة ٣٧٣ تنص على ما يأتي : « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يده فيه » .

والمادة ٢١٥ ، وقد سبق ذكرها ، تنص على ما يأتي : « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يده فيه » .

ونرى من مجموع هذه النصوص أن الالتزام لا ينقضي بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا

= في المصروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ نوقشت عبارة « دون حاجة إلى حكم قضائي » فقبل في الدفاع عن بقائها لأنها عبارة بيانية لأن الأصل في الفسخ أن يصدر به حكم من القضاء ، فإذا كان متفقاً عليه و المقدم وقع من وقت تحقق سببه ، وإذا رفع الأمر إلى القضاء اقتصر على التحقق من قيام هذا السبب دون أن يملك حرية التقدير . ولكن اللجنة حذفته هذه العبارة « لأنها تريد قد يوحى بتقييد حق التراجع إلى القضاء وهذا حق لم يقصد النص إلى حرمان أحد العاقلين منه ، وكل ما قصد إليه أن الفسخ يعتبر واقعاً بمجرد انقضاء الالتزام المقابل بسبب استحالة التنفيذ » . وأصبح رقم المادة ١٥٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ٣٢٤ — ٣٢٦) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمصروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : « يبقى بعد ذلك أمر الفسخ القانوني وهو يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه . فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه ، ولهذا الملة يفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون بغير حاجة إلى التقاضي بل وبغير إغذار ، متى وُجِدت استحالة التنفيذ وضوحاً كافياً . على أن التراجع إلى القضاء قد يكون ضرورياً عند منازعة الدائن أو المدين في وقوع الفسخ . بيد أن موقف القاضي في هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلاً ، فإذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون ، ثم يقضى بالتعويض أو يرفض القضاء به ، تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو قصره أو إلى سبب أجنبي لا يده فيه » (مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ٣٢٨) — هذا ويلاحظ أن العبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية التي وضعنا تحتها خطاً غير صحيحة ، لأنها تفترض أن الاستحالة التي يفسخ بها العقد قد تكون راجعة إلى خطأ المدين ، والصحيح أن الاستحالة لا يفسخ بها العقد من تلقاء نفسه إلا إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبي .

ويقابل النص في القوانين المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٦٠ (مطابق) — الليبي م ١٦١ (مطابق) — العراقي م ١٧٩ (موافق) — اللبناني م ٢٤٣ (موافق) .

كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي . وأن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا إذا انقضى الالتزام . فالعقد إذن لا يفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ، وما لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبي بقى ملزماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض^(١) .

ولم يستحدث التقنين الجديد في هذه المسألة شيئاً ، فقد كان هذا هو أيضاً حكم التقنين القديم ، إذ نصت المادة ١٧٩/٢٤٢ من هذا القانون على ما يأتي : « إذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها في نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق . ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية » .

ويتبين مما قدمناه أن استحالة تنفيذ الالتزام إذا لم ترجع إلى سبب أجنبي بقى المدين ملزماً بالعقد . أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون . ونستعرض كلا من الحالتين .

٤٨٨ — استحالة التنفيذ و ترجع إلى سبب أجنبي : إذا استحال على المدين في العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه ، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، فإن المادة ٢١٥ تقضى كما أسلفنا بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . وهذه هي المسؤولية العقدية التي فصلنا قواعدها فيما تقدم . فالمدين الذي لم ينفذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقدياً . وهو لم يثبت السبب الأجنبي فتبقى علاقة السببية مفروضة ، وبذلك تتحقق مسؤوليته العقدية على أساس قيام العقد . ويتبين من ذلك

(١) [انظر في ذلك : حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام طبعة ١٩٥٤ بند ٣٨٧ وما بعده ص ٣٥٠ — سليمان مرقس (المصدر) بند ٣٤٦ ص ٤٤٧ — أنور سلطان (المصدر طبعة ١٩٦٢) بند ٣٧١ — ٣٧٣ ص ٤٢٨ — ٤٣٠ — عبد النعم الصلدة بند ٣٧٩ — ٣٨١ ص ٤٠٩ — ٤١١ — يبدان ج ٨ بند ٤٠٤ ص ٢٩٦ — دى باج ج ٢ بند ٧٧٤ ص ٦٩٤ وبند ٨٤١ إلى ٨٥٦ ص ٧٦٤ وما بعدها — ملوق وريثو ج ٢ بند ٢٨٠ — ٢٩٢] .

أن العقد لم ينفسخ في هذه الحالة ، بل على التقيض من ذلك قد بقي وتأكد وجوده ، إذ أصبح هو الأساس للمطالبة بالتعويض .

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي . فلذا نحن ، وقد أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلا ، أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه ، بدلا من أن يطلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية . وفي هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يحميه إلى طلبه ، إذ لا محل لإمهال المدين لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، فيحكم بفسخ العقد . والحكم هنا منشيء للفسخ لا مقرر له ، والعقد لم ينفسخ بحكم القانون بل فسخ بحكم القاضي .

٤٨٩ - استحك التفسير رجع إلى سبب أجنبي : أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ، فإن الالتزام ينقضى طبقاً للمادة ٣٧٣ التي تقدم ذكرها ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩^(١) . والملة في هذا واضحة ، فقد انقضى التزام المدين

(١) قانون نظرية العقد للمؤلف فقرة (٦٤٠) والمهام رقم (١) من صحيفة ٦٨٥ [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بعد اسقاط العقد بالتبادل لبس أجنبي فإنه ينقضى واجب هذا الطرف في تنفيذه ، وينفسخ العقد حكما وبقوة القانون ويؤد كل طرف إلى حالته قبل التعاقد . (وكان السبب الأجنبي في هذه القضية هو قيام الحرب العالمية الثانية وقطع العلاقات التجارية والسياسية بين مصر وألمانيا مما استحالت معه تنفيذ عقود تصدير كميات من القطن إلى بيروت التجارة الألمانية) : قضى مدني ١٩٠٩/١١/١٩ - مجموعة أحكام النقض (١٠) رقم ١٠٣ من ٦٧٧ .

كما قضت محكمة النقض بأن المقصود بالاستحالة التي ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة لطوره قوة فاعرة أو حادث جبري لا قبل للالتزم بدفعه أو التحرز منه . وإذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بعد صدور قانون تقسيم الأراضي رقم ٥٧ لسنة ١٩٤٠ وإن امتناع الماحقة عن تسجيل العقد كان متوقفاً أكثر من آثار هذا القانون ، فلا يمكن للبائع أن يتقيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ ، فإن ذلك يكون استخلاصاً سائياً لا رقابة لمحكمة النقض عليه (قضى مدني ١٩٥٦/٦/٢٨ - مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٠ من ٧٨٩) .

وقضت أيضاً بأن يبع البضاعة المتعقد عليها بأمر من القضاء المستجمل خشية تلفها حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدي إلى إضاح هذا العقد ، ولا يسوغ في ذاته الفسخ ، إذ أن بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس على هلاك الشيء المبيع ، الموجب لإضاح عقد البيع ، ذلك أن هلاك الشيء المبيع هو زواله من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سامة أو حادث مادي يفعل لإنسان ، =

لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، فلم يمد ثمة محل للمسئولية العقدية لاختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبي . فلم يبق إلا فسخ العقد . ولذلك نص القانون على أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه . ولا محل هنا للإعذار لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً ، ولأن التنفيذ لم يمد ممكناً لا يكون هناك خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ — وقد رأينا أن هذا الخيار يثبت للدائن في جميع صور الفسخ القضائي والاتفاقي — ولا يبقى ممكناً إلا فسخ العقد . كذلك لا ضرورة لحكم قضائي بالفسخ ، فالمقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون كما قررنا . وإذا التجأ الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أمر محقق — فقد يقوم نزاع في ذلك — وأن المقد قد انفسخ ، فالحكم هنا يقرر الفسخ لا ينشئه ، على النحو الذي رأيناه في بعض صور الفسخ الاتفاقي^(١).

== أما بيم الشيء بأمر القضاء المستجلى خشية التلف فهو لإجراء وقتي قصد به صيانة البيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ، ونقل النزاع الذي كان دائراً حول عين معينة إلى يديها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذي سينصرف إليه أثر عقد البيع (قض مدني ١٩٥٧/٢/٢١ — مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

وانظر أيضاً حكم محكمة استئناف القاهرة في ١٩٦١/١١/٢١ ، (المجموعة الرسمية (٦٠) رقم ٢١ ص ١٥٩) حيث قضى بأن سرقة أخشاب من مخازن الملتزم بجوريد أخشاب ، لا تصلح سبباً لاحتجائه باقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه لأن الالتزام ، في هذه الحالة ، ينصب على أشياء مثلية يقوم بعضها في الوفاء مقام البعض ، ولا تعد السرقة عندئذ قوة قاهرة أو سبباً أجنبياً ينقضي به الالتزام] .

(١) هنا وقد تكون استحالة تنفيذ الالتزام قائمة قبل نشوئه أو تكون قد جددت بعد ذلك ، فإن كانت قائمة قبل نشوئه وكانت استحالة مطلقة ، كان المقد باطلا لاستحالة المحل . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، سواء كانت قائمة قبل نشوء الالتزام أو جددت بعده ، وكذلك إذا كانت مطلقة ولكنها لم توجد إلا بعد نشوء الالتزام ، فإن المقد ينشأ صحيحاً ثم يفسخ .

والمراد بالالتزام الذي استحالة تنفيذه هو الالتزام الأساسي الناشئ من العقد ، دون الالتزام الثانوي أو التبني . فالالتزام البائع الأساسي هو نقل الملكية والتسليم ، والالتزام المشتري الأساسي هو دفع الثمن . كذلك يعتبر التزاماً أساسياً في عقد الإيجار التزام المؤجر بتسليم العين والالتزام بتكبير المتأجر من الانتفاع ، والالتزام المتأجر بدفع الأجرة والالتزام بالمحافظة على العين .

٤٩٠ — مبدأ تحمل التبعة : فإذا انسخ العقد بحكم القانون، كانت التبعة في انقضاء الالتزام الذى استحاله تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام . فهو لا يد له في استحالة التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي . ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل . فالحسارة في نهاية الأمر تقع عليه وهو الذى يتحملها ، وهذا هو مبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين^(١) .

ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتعاقبة في العقود الملزمة للجانبين ، وهي الفكرة التى انبنى عليها انقاسخ العقد^(٢) . ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد ، كالوديعة غير المأجورة ، واستحال تنفيذ التزام المودع عنده لسبب أجنبي ، بأن هلك الشيء في يده بقوة قاهرة فاستحال عليه رده إلى المودع ، فإن الذى يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين . والسبب في ذلك واضح ، إذ الدائن — وهو هنا المودع — ليس في ذمته التزام يتحمل منه في مقابل تحمل المدين — وهو هنا المودع عنده — من التزامه ، فالدائن هو الذى يتحمل الخسارة في آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين ، وهو الذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة .

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذى يتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين ، والدائن هو الذى يتحملها في العقود الملزمة لجانب واحد^(٣) .

(١) انظر بحثاً في تبعة الهلاك للدكتور سليمان مرقس (بالجنة الفرنسية) في مجلة القانون والاقتصاد — السنة السادسة (القسم الفرنجى) — ص ٣٢٧ — وانظر الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام بسند ٣٨١ ص ٤١٠ و ٤١١ و المراجع المشار إليها آخاً في هامش (١) صحيفة ٨٢٠ من هذا الكتاب .

(٢) انظر في هذا المعنى رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر في نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامى القاهرة سنة ١٩٥٠ مقرة ٢٦ .

(٣) انظر في الموضوع رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر التى سبقت الإشارة إليها . — والقانون الفرنسى يجعل التبعة في عقد البيع على الدائن لا على المدين ، فلذا هلك للبيع قبل تسليمه هلك على المشتري =

٤٩١ — المؤثر الذى يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون : وإذا انفسخ العقد بحكم القانون ، ترتب على انفساخه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق كما سبق القول . فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد (م ١٦٠) . ولا محل للتعويض لأن المدين قد اقضى التزامه بقوة قاهرة .

وكل ما سبق أن قررناه فى هذا الصدد ، فيما عدا التعويض ، من انحلال العقد بأثر رجعى ، ومن أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ومن انعدام الأثر الرجعى بالنسبة إلى العقود الزمنية ، ينطبق هنا . فلا حاجة إلى التكرار ^(١) .

— لا على البائع ، فالحلاك يكون إذن على المالك (*res perit domino*) (أنظر م ١٦٢٤ من التقنين المدنى الفرنسى) . وكذلك فعل فى عقد المعاوضة (م ١٧٠٧) . ولكنه عدل عن هذا الحكم ، وجعل الحلاك على المدين ، إذا كان فى العقد شرط واقف وملك الشيء قبل تحقق الشرط . كذلك جعل تبعه الحلاك فى عقد الشركة على المدين (م ١٨٦٧ فقرة أول) — والقانون المصرى القديم كان فى مثل هذا الاضطراب ، فهو فى البيع يجعل تبعه الحلاك على المدين طبقاً للقاعدة العامة التى قمتها فى تحمل التبعة (م ٣٧١/٢٩٧) ، وكذلك يجعل التبعة على المدين فى العقد المعلق على شرط واقف عشيئاً مع هذه القاعدة العامة (م ١٠٦/١٦٠) . ولكنه من جهة أخرى يجعل التبعة على الدائن فى بيع المقدرات (م ٢٤١/٣٠٧) وفى عقد الشركة (م ٥١٦/٤٢٤) — انظر فى هذه المسألة نظرية المقدر للمؤلف فقرة ٦٦٠ .

وقد تجنب التقنين المصرى الجديد هذا الاضطراب ، وجعل القاعدة العامة التى تقضى بأن التبعة على المدين فى العقد المزمع للجائين قاعدة مضطربة . فطبقها فى البيع ، سواء كان بيع عين معينة أو بيع مقدرات (م ٤٣٧) ، وطبقها فى عقد الشركة (م ٥١١) ، وطبقها فى العقد المعلق على شرط واقف ، بل إنه أنكر على الشرط أثره الرجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلاً لسبب أجنبي (م ٢٧٠ فقرة ٢) وطبقها فى العقود غير الناقلة للملكية ، كالإيجار (م ٥٦٩) والمساواة (م ٦٦٤ — ٦٦٥) .

(١) أنظر فى الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد الزمنى رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٦٠ — ص ١٦٢ .

افزع الثاني

الدفع بعدم تنفيذ العقد (*)

(أو الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد)

(Exceptio non adimpleti contractus)

٤٩٢ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٦١ من التقنين المدني الجديد

على ما يأتي :

« في العقود الملزمة للجانبين ، إذا كانت الالتزامات المتبادلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به »^(١).

(*) بعض المراجع : كايتمان في السبب فقرة ١٢١ وما بعدها — سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٧١ وما بعدها — [ومقال له عن الامتناع عن الوفاء بسبب عدم تنفيذ العقد في حويلات القانون التجاري سنة ١٨٩٢ و ١٨٩٣] — بـنـكـلـز (ملحق بودرى) ص ٥٧١ — ص ٦٨٠ — رينو (Raynaud) في الدفع المستخلص من عدم التنفيذ رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — كاسان (Cassin) في الدفع المستخلص من عدم التنفيذ في العلاقات الملزمة للجانبين ، رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — هوان (Houlin) في التمييز ما بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ — صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء ، رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — [مصادر الحق في الفقه الاسلامي للمؤلف ج ٦ ص ٢٥٢ وما بعدها] — حلى بهجت بدوى فقرة ٣٤٣ — فقرة ٣٦٠ — [أحمد حشمت أبوسنت طبعة ١٩٥٤ فقرة ٢٩٠ — ٣٩٢ — أنور سلطان (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٣٧٤ — ٣٨٥ — ص ٣١١ وما بعدها — عبد المنعم الصدة بند ٣٨٧ وما بعده ص ٤١١ وما بعدها — يبدان ج ٨ بند ٧٧٣ ص ٥٦٦ وما بعدها — دى باج ج ٧ بند ٨٦٤ — ٨٧١ — مارتي وريغو ج ٢ بند ٢٩٣ — ٢٩٥] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢٢ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : ١٥ - في العقود الملزمة للجانبين يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، إلا إذا اختلف مجاد الوفاء لكل من الالتزامين — ٢ — على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلاً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأنها تطبق لنظرية النصف في استعمال الحق ، وأدخلت تعديلات لفظية على الفقرة الأولى بحيث أصبحت مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٦٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، =

ولم يشتمل التقنين المدني القديم على نص مقابل لهذا النص ، ولكن قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد كانت مسلماً بها في عهده قسماً وقضاء ، وانطوت نصوصه على تطبيقات تشريعية لها (مثلاً م ٢٧٤/٣٤٥ وم ٢٧٩/٣٥٠ وم ٣٣١/٤١١) .

٤٩٣ - تاريخ الفاعرة : وتقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتي : إذا كان للدائن في العقد المزمع للجائين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فيتحلل الدائن بذلك من تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام . فله من باب أولى ، بدلا من أن يتحمل من تنفيذ التزامه ، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه . والفكرة التي بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بنى عليها فسخ العقد : الارتباط فيما بين الالتزامات المتعاقبة في العقد للجائين ، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى^(١) .

ولم يكن المبدأ معروفاً في القانون الروماني على النحو الذي عرف به فيما بعد . وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذي يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه ، دون أن يقوم

كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٦١ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٠ - ص ٣٣٥) .

ومقابل النص في التقنيات العربية الأخرى : السورى م ١٦٢ (مطابق) - الليبي م ١٦٣ (مطابق) - المراق م ٢٨٠ (موافق) - اللبناني : لا مقابل .

(١) ويقول الفرنسيون تعبيراً عن هذا المعنى : « التنفيذ مثلا بمثل » (exécution) (trait pour trait) . ويرجمون بذلك عن تعبير ألماني مشهور (Erfüllung, Zug um Zug) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المصروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « فن الأصول التي يقوم عليها نظام العقود المزمرة للجائين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتعاقبة فيها على وجه التبادل أو القصاص . فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز قسماً على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقدين الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل . وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتعاقبة في وقت واحد . ويجوز الاستمانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المختلف عن الوفاء من المتعاقدين . فلكل من المتعاقدين لزام ذلك أن يحتسب ما يجب أن يوفى به حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له ، وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع إنما يوقف أحكام العقد لا أكثر . فالعقد لا يفسخ في هذه الصورة ، ولا تنقضى الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق ، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه . وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣) .

هو بما في ذمته من التزام بمقتضى عقد مازم للجانبين ، دفعاً بالنش (exception de dol) ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتي ، بل كان هو الدفع بالنش المعروف في كل العقود المبنية على حسن النية . فلم يكن له اسم خاص ، ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا في القانون الفرنسى القديم . فالاصطلاح لم يكن إذن رومانياً وإن كان لاتينياً . وقد وضعه المتأخرون من شراح القانون الرومانى (postglossateurs) في العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوها إلى القانون الرومانى^(١) .

ولم يضع التقنين المدنى الفرنسى نصاً عاماً يقرر به القاعدة ، بل اقتصر على تطبيقات متفرقة للبدا . ونهج التقنين المدنى المصرى القديم على منواله كما قدمنا .

أما التقنينات الحديثة فقد صاغت المبدأ في نص عام . فعل ذلك التقنين الألمانى (م ٣٢٠) ، وقانون الالتزامات السويسرى (م ٨٢) ، والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٤٨) . وسار التقنين المدنى المصرى الجديد على نهج التقنينات الحديثة فأورد النص الذى قدمناه ، كما صاغ نظرية الحبس في نصوص عامة ستبحث في مكانها^(٢) .

ونفصل قواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد متبعين الخطة التى اتبعناها عند الكلام في الفسخ القضائى . فنبعث (١) متى يمكن التمسك بالدفع . (٢) كيف يكون التمسك به . (٣) ما يترتب على التمسك به من أثر .

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٦٦٦ . [وأظن مارتى وريونو ج ٢ بند ٢٩٣ ودى باج ج ٢ — بند ٨٦٤] .

(٢) أظن في الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامى رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى في الامتناع المفروض عن الوفاء ص ٣٠٦ وما بعدها . [وأظن مصادر الحق في الفقه الإسلامى للمؤلف ج ٦ ص ٢٥٢ وما بعدها — وقد سبقت الإشارة إليه] .

المبحث الأول

متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٤ — نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق في الحبس : جعل القانون الجديد الحق في الحبس هو الأصل ، وجعل الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق هذا الأصل في دائرة العقود الملزمة للجانبين^(١) .

فالأصل إذن هو الحق في الحبس . قرره المادة ٢٤٦ مبدأ عاماً ، فخرت على الوجه الآتي :

« ١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به ، أو ما دام الدائن لم يقدم تأمين كاف للوفاء بالزامه هذا » .

« ٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » .

فالنص يفترض شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتب به . فيكون هذا الارتباط أساساً للحق في الحبس . فمن حاز بمقد أو بغير عقد شيئاً مملوكاً للغير ، كالودع عنده والمستعير والمرتهن رهن حيازة والمقتصب والحائز بحسن نية ، وأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذي بينه القانون . ومن ثم يوجد حائز الشيء ومالكه ،

(١) أنظر في التفتين المدنى القديم فى العلاقة ما بين الدفع بعدم التنفيذ باعتباره أصلاً والحق فى الحبس يتفرع عن هذا الأصل ، نظرية القعد للوئلف فقرة ٦٦٨ . [وانظر مارتي وريغو ج ٢ بند ٢٩٤ وبند ٢٩٥ — ورسالة كاسان السابق الإشارة إليها — ودى باج ج ٢ بند ٨٧١] .

والحائز مدين المالك برد الشيء ودائن له باسترداد المصروفات . والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشيء والالتزم باسترداد المصروفات . لذلك يجوز للعائز أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى من المالك حقه . وهذا هو الحق في الحبس . وهو بهذا الموم يتسع ليدخل في نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقد . فالبائع مدين بقسليم المبيع ودائن بالتئن ، فن حقه أن يحبس المين حتى يستوفى الثمن^(١) . وهذا تطبيق للحق في الحبس في عقد لازم للجانبين ، وهو في الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد^(٢) .

ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ فرعاً عن الحق في الحبس . فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد للزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ . فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقاً في الحبس لا دفعاً بعدم تنفيذ العقد . فالحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة بل عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفي غير عقد أصلاً لا يكون دفعاً بعدم التنفيذ بل حقاً في الحبس . وإذا زال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتمين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه

(١) [ومن حق المشتري حبس الثمن في حالة حصول تعرض له من البائع سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً حتى يتمتع التعرض وفقاً للمادة ٤٥٧ مدنى (نقض مدنى ١٧/١٢/١٦٥٩ بمجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٢٢ ص ٨١٠)] .

(٢) وإذا أغفلنا فكرة الارتباط ، واكتفينا بأن يكون هناك شخصان كل منهما مدين للآخر ، وأريد أن يكون لكل منهما الحق في أن يتمتع عن تنفيذ التزامه لى أن يقوم الآخر بتنفيذ ما عليه من التزام ، أمكن أن يتحقق هذا عملاً بأحد طريقتين : الطلبات القرعية وحجز الدائن تحت يده .

هذا ويمكن أن نذكر أيضاً ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة : المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . وهى نظم ترجع كلها الى فكرة واحدة هى تقابل الالتزامات . فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر ، يكون من العدل أن يستوفى كل منهما ماله من حق مما عليه من دين — وهذه هى المقاصة والفسخ — أو في القليل يقف وراء ما عليه من دين حتى يستوفى ماله من حق — وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . ومما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أنه الرومان كانوا يبالغونها علاجاً واحداً هو الدفع بالنش ، يستعملونه فى المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . — والحق في الحبس ، كالدفع بعدم التنفيذ ليس إلا دفعاً ، وقد أعطاه التقنين الجديد وصفه الحقيقي ، وخلع عنه لباس الحق السنى الذى كان يرتديه فى عهد التقنين القديم فيشوه طبيعته (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٧١٣ هامش رقم ١) .

ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد . وهذا هو أيضاً حق في الحبس لا دفع بعدم التنفيذ لأن العقد قد زال ^(١) .

فالدفع بعدم التنفيذ ، كالتفويض ، محصور إذن في العقود الملزمة للجانبين ^(٢) . وقد صرحت بذلك المادة ١٦٦ التي تقدم ذكرها ^(٣) .

(١) وقد كان هذا الحكم منصوصاً عليه في المادة ٢٢٤ من المشروع التمهيدي ، وقد حذفها لجنة المراجعة لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة في الحق في الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية) — ٢ من ٣٣١ في الملامح . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آخراً ٤٧٩ في الملامح) — [وقد قضت محكمة النقض بأن المشتري حق حبس البين المحكوم بفسخ البيع الصادر له عنها حتى يوفى إليه الثمن السابق له دفعه تأسيساً على أن التزامه بقسائم البين بعد الحكم بفسخ البيع يقابله التزام البائع برد ما دفعه إليه من الثمن فإدام هذا الأخير لم يتم بالتزامه بالرد كان المشتري أن يحبس البين ويحتج عن تسليمها : قضى مدني ٩٩٥١/١/٤ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ من ٢٢٤] .

(٢) وحتى في نطاق العقد الملزم للجانبين يكون مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصوراً على ما تقابل من التزامات طرفي العقد ومناط ذلك لإرادتهما ، وهو ما لحكمة الموضوع حتى استظهاره . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الوالد هو أن المدعي عليه قد اشترى قطعة أرض تجاور ملك المدعي ، فأظهر هذا الأخير رغبته في أخذ هذه الأرض بالشفعة ولكن إجراءاتها لم تتم لانفاق عقد بين الطرفين تنازل المدعي بمقتضاه عن السير في دعوى الشفعة كما دفع مبلغاً من المال إلى المدعي عليه وذلك في مقابل إنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار المدعي وهو عدم التعلية لأكثر من ارتفاع معين ، كما ورد في الاتفاق أن المدعي قد تهد بترك مزرعة بطول ملكه ليكون ما يتركه المدعي عليه فضاء أو حديقته لمنفعة المقارين المتجاورين ، وكانت المحكمة قد استخلصت من عبارات الاتفاق ونصوصه أن التزام المدعي بدفع المال والتنازل عن طلب الشفعة هو مقابل التزام المدعي عليه بترك جزء فضاء من ملكه وعدم قيامه بتعلية بناء عمارته لأكثر من الارتفاع الوارد بالاتفاق ، وأن المدعي قد وفى بالتزامه بدفع المبلغ والتنازل عن الشفعة ، وأنه كان على المدعي عليه أن ينفذ التزامه بعدم تعلية البناء لأكثر من الارتفاع المتفق عليه ، وأنه لا يجوز له التحدي بقيام المدعي بالبناء في الأرض التي تهد بتركها فضاء لأن هذا الالتزام مستقل عن الالتزامات المتعاقبة التي يربتها الماقدان ، ولا مجال لتعرض لهذا الالتزام أو البحث في الإخلال به لأن محله هو التداعي استغلالاً ، وكان هذا الذي استخلصته المحكمة هو استخلاص سائق تحتمله نصوص العقد وتحمده عباراته ، فإنه يكون في غير محله تدفع المدعي عليه بالدفع بعدم التنفيذ في مقام الرد على دعوى المدعي إذا هو طالبه باحترام التزامه بعدم التعلية (قضى مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٦ من ٩٦٩) .

[وانظر في نفس المعنى استئناف القاهرة ١١/٢١/١٩٦١ — المجموعة الرسمية السنة ٦٠ رقم ١٩ من ١٤٢]

(٣) تارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٣٢ ١قرة ٣٣٤ ٤) . وانظر في هذا المعنى الدكتور حلي بهجت بدوي ٣٥٩ — ٣٦٠ ٣قرة ٣٦٠ — ورسالة الدكتور ملاح الدين الناصي في الامتناع للمشروع عن الوفاء ٨٠ و٩٧ ٣قرة ٩٧ — وانظر =

٤٩٥ — الالتزام الذي يرفع بعدم تنفيذه يجب أنه يكون واجب التنفيذ حالاً : ولا يكفي أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين ، بل يجب أيضاً أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالاً^(١) .

فالدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي — كما إذا سقط بالتقادم أحد الالتزامين المتقابلين في عقد ملزم للجانبين — لا يجوز ، لأن في هذا إجباراً بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام طبيعي غير واجب التنفيذ .

كذلك لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام مدني غير حال . فالبايع لا يستطيع أن يجبس العين لعدم استيفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلاً ، إلا إذا كان الأجل قد سقط طبقاً لأحكام

== أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ١٢٣ .

هذا وقد ورد التقنين المدني الجديد تطبيقات جزئية متفرقة لبدأ الدفع بعدم التنفيذ ، نذكر منها المواد ٤٥٧ و ٤٥٩ و ٦٠٥ .

والفقرة الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ تنصيان بأنه « ٢ — إذا تعرض أحد المشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن يزغ من يد المشتري ، جاز له ما لم ينص شرط في العقد أن يجبس الثمن حتى تنقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ٣ — ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع » .

وتنص المادة ٤٥٩ على أنه : « ١ — إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يجبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة . هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع . ٢ — وكذلك يجوز للبائع أن يجبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ » .

وتنص المادة ٦٠٥ على أنه : « ١ — لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ » .
٢ — فإذا نهى على المستأجر بالإخلاء قبل انتهاء الإيجار ، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم ينقضي على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض » . والجديد في هذا النص الأخير أنه يجعل المستأجر وهو دائن بالتعويض للمؤجر يجبس العين على المالك ، أو قل إن حق الحيس قبل المؤجر ينفذ في حق المالك .

(١) [انظر أنور سلطان بند ٣٨١ م ٤٣٥ وعبد النعم الصلحة بند ٢٨٥ م ٤١٣] .

المادة ٢٧٣ (انظر المادة ٤٥٩) . ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضى قد منح المدين نظرة الميسرة (délai de grâce) . فطلبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشتري حتى ولو منح القاضى للمشتري أجلا لدفع الثمن ، ولا يتمتع الحبس إلا إذا كان الأجل ثابتاً باتفاق الطرفين^(١) . أما إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق له أن ينتفع من هذا الدفع إذ يتعين عليه أن يفي بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر^(٢) .

(١) ولا يكفي أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالاً ، بل يجب إلى جانب ذلك ألا يساء استعمال الدفع . فلا يجوز لتعاقد أن يتسكك بالدفع إذا كان هو البادئ بعدم تنفيذه ، أو إذا تسبب في عدم تنفيذ الالتزام الآخر . كذلك لا يجوز التسكك بالدفع إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمعظم التزامه ولم يبق إلا جزء يسير لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه . وكل ما يحق للمتعاقد الأول أن يفعله هو أن يبقى دون تنفيذ جزءاً من التزامه يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتنجزة . كذلك لا يجوز أن يتمتع المشتري عن دفع الثمن بحجة أن هناك خطراً يهدد المدين إذا كان هذا الخطر ليس بمجدي ، ولا أن يتمتع المستأجر عن دفع الأجرة بحجة أنه يطلب المؤجر بترميمات ينكرها عليه .

[انظر بيسان ج ٨ بند ٧٧٤ ص ٥٧١ — أنور سلطان بند ٣٨٢ ص ٤٣٦ — عبد النعم الصده بند ٣٨٦ ص ٤١٣ — ٤١٤] .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يجرى على الوجه الآتى : « على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا كان مالم ينفذ من الالتزام المقابل شيئاً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توافره من حسن النية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « ومهما يكن من شيء فليس يباح للمتعاقد أن يسئ استعمال هذا الدفع . فلا يجوز له أن يتسكك به ليتجنب عن تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكمل فداؤه ، وأصبح مالم ينفذ منه شيئاً للدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الإجراء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه مجرد تطبيق لنظرية التصسف في استعمال الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٤) — أنظر في هذه المسألة رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٧٤ — وانظر في أحوال يسقط فيها الدفع بعدم التنفيذ : نظرية العقد للوثف فقرة ٦٧٠ .

(٢) وقد كان هناك نص في المشروع التمهيدى يميز حتى في هذه الحالة أن يتمتع المتعاقد (المكلف بالتنفيذ أولاً) عن التنفيذ إذا أصاب المتعاقد الآخر قص في ماله بعد إبرام العقد ، فكانت المادة ٢٧٣ من هذا المشروع تجرى على النحو الآتى : « في العقود الملزمة للجانبين ، إذا أصاب أحد المتعاقدين قص في ماله بعد إبرام العقد ، أو إذا طرأ على مركزه المالى ما يخفى معه أن يكون عاجزاً عن تنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر إذا كان هو المكلف بتنفيذ العقد أولاً ، أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الأول =

المبحث الثاني

كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٦ - عزم ضرورة الإظهار : لا يحتاج التمسك بالدفع إلى إظهار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع ، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإظهار قبلها واجب على التفصيل الذي بيناه فيما تقدم . على أن التمسك بالدفع معناه امتناع التمسك عن تنفيذ التزامه ، وفي هذا إظهار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذي في ذمته ^(١) . وقد يكون الإظهار واجباً لا للتمسك بالدفع ، بل لتوليد الالتزام الذي يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع ، كما إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ إلا بالإعذار طبقاً للقواعد العامة .

== بتنفيذ ما تعهد به أو يعطى ضماناً كافياً لهذا التنفيذ . فإذا لم يتم التنفيذ أو وسط الضمان في وقت مناسب جازت المطالبة بفسخ العقد (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ من ٣٣١ في الماش) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ومع ذلك فقد أجاز له (أى المتعاقد المسكف بالتنفيذ أولاً) استثناء أن يمنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بوفاء ما تعهد به أو يقدم ضماناً كافياً لهذا الوفاء ، إذا أساب هذا العقد بعدم إبرام العقد نفس في ماله من شأنه أن يؤثر في يساره أو طرأ عليه من الضيق ما قد يقصد به عن تنفيذ ما التزم به . وينبغي التحرز من اعتبار هذا الاستثناء مجرد تطبيق للمادة ٣٩٦ من المشروع ، وهي التي تناولت سرد مسقطات الأجل وحصرتها في الإعصار أو الإفلاس وضمف التأمينات الخاصة والامتناع عن تقديم ما وعد بتقديمه منها . فالحالة التي يسرى عليها حكم الاستثناء أقل جسامه من ذلك ، فهي تفرض نقضاً بليغاً في مال المتعاقد ، ولكنه قص لا يستوجب الإفلاس أو الإعصار ، ومن ثم أزلت هذه الحالة منزلة الاستثناء ، فلم تكن لها هذه الخصوصيات لأنها انتهت إلى إسقاط الأجل ، وبذلك يحل الوفاء بالالتزامات المتأخرة جيباً وينبئ تنفيها في آن واحد نزولاً على أحكام القواعد العامة . فإذا لم يتم المتعاقد الذى استهدف مركزه للخطر بالوفاء بما التزم به أو بتقديم ضمان كاف في مدة موقوفة ، كان للمتعاقد منه ألا يقتصر على إظهار العقد ، بل له أن يجاوز ذلك إلى طلب الفسخ . ويحتر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة في الفسخ أيضاً لأن الالتزام الذى تخلف المتعاقد عن الوفاء به لم يصبح مستحق الأداء » . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ من ٣٣٣ - من ٣٣٤) - ولكن هذا النص في المقروع التمهيدى حذفته لجنة المراجعة في المقروع النهائي (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ من ٣٣١ في الماش) . ولا كان نصاً استثنائياً فلا مجال لتطبيقه بعد حذفه (انظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور صلاح الدين النامي في الامتناع المقروع عن الوفاء بقرة ١٦٦ بقرة ١٦٧) .

(١) أظن استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٢٣٠ .

٤٩٧ — نرك الأمر إلى تحرير التمسك بالرفع تحت رقابة القضاء : ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذى يتمسك به ، وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكول لتقدير القضاء . ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطراً من الفسخ ، فهو لا يحمل المقد ، بل يقتصر على وقف تنفيذه .

على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مردّه فى آخر الأمر إلى القضاء . ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرفع الأمر إلى القضاء ، وللقاضى تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره . ويبين من ذلك أنه إذا لم يلجأ التمسك بالدفع إلى القضاء منذ البداية ، فذلك يرجع فى الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى ، وطبيعة الدفع تجعل التمسك به فى غير حاجة إلى رفع دعوى ، بل هو الذى ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فالتمسك بالدفع يمر إذن على دورين : الدور الأول وهو دور غير قضائى يمتنع فيه التمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل إيجابى . والدور الثانى وهو الدور القضائى لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول . فى هذا الدور تتحقق رقابة القضاء . فإذا أقر القاضى التمسك بالدفع على دفعه ، فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه فى الوقت ذاته . وقد يأخذ الدفع صورة إشكال فى التنفيذ إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه .

٤٩٨ — تمسك كل من المتعاقدين بالرفع : وقد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ . فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ ، حكم القاضى على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه .

وتجاوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من

المتعاقدين^(١). فإذا تبين القاضي أن أحد المتعاقدين متعنت . فإن كان المدعى رفض دعواه^(٢) ، وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط . أما إذا كان كل من المتعاقدين متعنتاً ، أو ظهر ألا أحد منهما متعنت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر ، ولم يلجأ أحد لإجراءات المرض الحقيقي ، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفي هذا ما يحملهما ينفذان التزاميهما في وقت واحد .

المبحث الثالث

ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد

(١) فحمايين المتعاقدين :

٤٩٩ — وقف التنفيذ في غير الالتزام بتسليم عين : إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ ، فإن التمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه ، بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً ، دون أن يزول كما في الفسخ .

فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بنقل حق عيني ، كالالتزام بالبائع بنقل الملكية ، كان للبائع أن يتمتع عن مساعدة المشتري في تسجيل العقد حتى لا تنقل الملكية إليه . وإذا كان التزاماً بعمل ، كالالتزام المقاول بإقامة مبنى ، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموع الأعمال التصديرية ٢ من ٣٣٣ فقرة ٢ — وانظر آخراً فقرة ٤٩٥ في الهامش) .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأنه ما دامت المحكمة قد اعتبرت أن التصدير جاء من جانب المشتري دون البائع فلا يبقى للمشتري قانوناً أن يحدى بعدم قيام البائع بتنفيذ ما التزم به وليس ثمّة بعد ذلك ما يمول دون القضاء للبائع بالفسخ (نقض مدني ١٩٥١/٣/٨ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٨ من ٤٢٣) — كما قضت بأن المتعاقدين الذي أدخل بالالتزام عمداً وقصر في الوفاء به وجحد تعهده وأعرب في جلاء ووضوح عن نيته في عدم الوفاء عيناً ، لا يقبل منه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام المقابل للالتزام هو ، والذي أصر على عدم الوفاء به (نقض مدني ١٩٥٨/١٢/٤ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩١ من ٧٠٣)] .

البقاء . وإذا كان التزاماً بامتناع عن عمل كتمهيد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة في حي معين منعاً للمزاحة ، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحي .

ويلاحظ في الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالاً لا يتصور فيها وقف الالتزام ، كما إذا تمهيد ممثل أو مفوض أن يتمتع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال . فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال ، فإنه لا يسع الدائن إلا خرق هذا الالتزام فيعطي الحفلة إذا استطاع ذلك ، ويكون هذا إفسخاً للعقد لا وقفاً له ، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف . وهذا الحكم ينطبق أيضاً في الالتزام بعمل إذا كان القيام بهذا العمل واجباً في وقت معين والإاقات الغرض المقصود منه ، كما إذا تمهيد صانع بإنجاز مصنوعات لمرضا في معرض عام يقام في وقت معين ، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد المرض لأنه لم يستوف أجره ، كان هذا بمثابة الفسخ .

٥٠٠ — وقف التنفيذ في التزام تسليم عين : وإذا كان الالتزام للموقوف هو التزام بتسليم عين ، حبس للمتسك بالدفع العين حتى يستوفي حقه من المتعاقد الآخر . مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفي الثمن . وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس . وقد قضت المادة ٢٤٧ بما يأتي : « ١ — مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه . ٢ — وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته . ٣ — وإذا كان الشيء المحبوس ينشئ عليه الهلاك أو التلف ، فلحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً لأحكام النصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه » . هذا ويتحمل المالك تبعه التلف أو الهلاك بسبب أجنبي ، وقد نصت المادة ٤٦٠ على أنه « إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان المالك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . وإذا أثنى الحابس مصروفات ضرورية أو نافعة استردها طبقاً لأحكام المواد ٩٨٠ — ٩٨٢ وبقى الحق في الحبس حتى لو قام المتعاقد الآخر بتنفيذ جزء من التزامه ، وهذا ما يجبر

عنه بأن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة . ومع ذلك يجب ألا يتصرف من له الحق في الحبس فيستمر حابساً للعين إذا كان الجزء الباقي من الالتزام دون تنفيذ من التفاهة بحيث لا يبرر استمرار الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .
وينتضى الحق في الحبس إذا قام المتعاقد الآخر بالتزامه أو إذا خرج الشيء من حيازة الحابس باختياره .

وقد قضت المادة ٢٤٨ بما يأتي : « ١ — ينقض الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حازره أو محرزه . ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضة ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » .

٥٠١ — وقف التنفيذ في العقود الزمنية : وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الزمنية . فيجوز للمستأجر أن يتمتع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة (أنظر م ٥٦٥ وم ٥٦٨ وم ٥٦٩ وم ٥٧٠ وم ٥٧٢ الخ) . وكل وقف في تنفيذ التزام المؤجر يحدث قطعاً في مقدار هذا الالتزام . فإذا تأخر المستأجر في دفع الأجرة ، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان ، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائياً — لا مؤقتاً — التزامه في حدود المدة التي منع فيها المستأجر من الانتفاع ، فينقص التزامه بهذا المقدار ، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التي وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد^(١)

(ب) بالنسبة إلى الغير :

٥٠٢ — متى يسرى الرفع في حق الغير : يسرى الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع . مثل ذلك أن يتأخر المشتري عن دفع الثمن ، فيتمسك البائع بالدفع ويحبس العين المباعة . فكل من كسب حقاً من المشتري

(١) أنظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ١٦٦ — ص ١٧٧ .
[والدكتور عبد التعم الصنع : المصادر بند ٣٨٨ ص ٤١٥]

على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسرى في حقه الدفع . فإذا باع المشتري العين إلى مشتر ثان أو رهنها لدائن مرتين ، جاز للبائع أن يبقى حابساً للعين في مواجهة المشتري الثاني أو الدائن المرتين ^(١) .

ويمكن تعليل ذلك بأن المشتري لم ينقل إلى خلفه حقوقاً أكثر مما له ، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع في حبس العين ، فننقل هذه الحقوق إلى الخلف خاضعة لهذا الحق . ولا يستطيع المشتري أن ينقل حقاً لا يملكه ، وفاقد الشيء لا يعطيه . وهذا هو المبدأ الذي قرره في انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص .

٥٠٣ — متى لا يسرى الدفع في مو الغير : ولا يسرى الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع . فإذا فرض أن شخصاً ، بعد أن رهن منزله رهناً رسمياً ، سلمه إلى مستأجر بمقد إيجار غير ثابت التاريخ ، ثم باعه ، وأراد المشتري تسلم المنزل قبل انتهاء عقد الإيجار ، فإن للمستأجر أن يرجع بالتبويض على المؤجر وأن يحبس العين في مواجهة المشتري (م ٦٠٥ قرة ٢) ، ولكن حقه في الحبس لا يسرى في مواجهة الدائن المرتين لأن حق الرهن قد ثبت قبل ثبوت الحق في الحبس ^(٢) .

(١) أنظر أيضاً المادة ٦٠٥ قرة ٢ في تمسك المستأجر بحبس العين المؤجرة في مواجهة من انتقلت إليه ملكيتها . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آتاهاً قرة ٤٩٣ في الماش) .

(٢) أنظر في هذا الموضوع : نظرية القعد المؤلف قرة ٦٧٧ .

[وانظر في آثار الدفع بعدم التنفيذ : دي باج ج ٢ بند ٨٦٩ — وفي أثره بين المتصادفين : بيدان ج ٨ بند ٧٧٥ م ٥٧٢ — أنور سلطان بند ٣٨٣ م ٤٢٧ — عبد المصم الصدة بند ٣٨٨ — وفي أثره بالنسبة للغير : بيدان ج ٨ بند ٧٧٦ م ٥٧٢ — أنور سلطان بند ٣٨٤ م ٤٣٨ — عبد المصم الصدة بند ٣٨٨ م ٤١٥ — ٤١٦ وحاشيا — وسليمان مرقى في أحكام الالتزام بند ٢٣١ — وعبد الفتاح عبد الباقي في أحكام الالتزام بند ١٢٩ م ٢٢٤ وما بعدها — وفي التأمينات بند ١٦٦ — وإسماعيل غام في أحكام الالتزام (طبعة ١٩٥٦) م ٢٧٧ بند ١٣٥ والمراجع التي أشر إليها .

وانظر في قضاء الدفع بعدم التنفيذ : بيدان ج ٨ بند ٧٧٧ م ٥٧٣ — وأنور سلطات بند ٣٨٥ م ٤٣٨] .

الباب الثاني
العمل غير المشروع
(المسئولية التقصيرية)

L'ACTE ILLICITE
(La responsabilité délictuelle)

تمهيد (*)

٥٠٤ — مسائل أربع : تمهد للكلام في العمل غير المشروع ، أو المسئولية التقصيرية ، بوضع هذه المسئولية في مكانها بالنسبة إلى غيرها من أنواع المسئولية ، وتحديد دائرتها في وسط دوائر أوسع منها للمسئولية الأدبية والمسئولية الجنائية والمسئولية المدنية .

فتتكلم في مسائل أربع : (١) التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية (٢) وفي المسئولية القانونية التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية (٣) وفي المسئولية المدنية التمييز بين المسئولية العقابية والمسئولية التقصيرية (٤) وفي المسئولية التقصيرية تطور هذه المسئولية .

* * *

(*) بعض المراجع العامة في المسئولية المدنية : هنري وليون مازو في المسئولية المدنية ثلاثة أجزاء (الطبعة الخامسة بمعاونة الأستاذ أغريه تونك سنة ١٩٥٧ — سنة ١٩٦٠ — وتضمن الجزء الثالث من هذه الطبعة بياناً مستفيضاً بالمراجع في هذا الموضوع — من ص ٩٩٠ إلى ص ١٠٤٤) — رينيه سافاتييه في المسئولية — جزآن (الطبعة الثانية سنة ١٩٥١) — لالو (Lalou) في المسئولية المدنية (الطبعة الخامسة سنة ١٩٥٥ — ومطعها في سنة ١٩٦١) — ديجوج في الالتزامات (الأجزاء الثالث والرابع والخامس) — مطول بيدان — الطبعة الثانية — الجزء التاسع مكرر — سنة ١٩٥٢ — بمعاونة رودير — مطول بلانيول وريبير — ٦ بمعاونة بول إسحاق — الطبعة الثانية (سنة ١٩٥٢) — جاردينا وريشني (Gardenat et Ricci) في المسئولية المدنية — سوردا (Sourdât) في النظرية العامة للمسئولية (جزآن) — شيروني (Chironi) في المسئولية غير العقابية — هوير (Houber) في شروط المسئولية التقصيرية في القانون الألماني — رسالة من نانسي سنة ١٩٤٠ — ستارك (Starek) محاولة لوضع نظرية جديدة في المسئولية المدنية — رسالة من باريس ١٩٤٧ — دليانيس (Deliyannis) — فكرة العمل غير المقصود منظوراً إليه كمنصر في الخطأ التقصيري — رسالة من باريس سنة ١٩٥١ — الأستاذ مصطفى مرسى في المسئولية المدنية — الدكتور سليمان مرقس نظرية دفع المسئولية المدنية (رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦) — الفصل السادس سنة ١٩٥٦ — مصادر الالتزام (١٩٦٠) — دروس الدكتوراه في المسئولية المدنية ١٩٦٠ — ١٩٦١ . وبحجته وتعليقاته المختلفة في مجلة القانون والاقتصاد — الموجز في النظرية العامة للالتزامات للفؤلف — الدكتور أحمد حشمت أبو سبت في نظرية الالتزام طبعة ١٩٥٤ — الدكتور عبد الحى حجازى موجز النظرية العامة للالتزام (المصادر غير الإرادية) سنة ١٩٦٣ — الدكتور محمد كامل مرسى في المصادر غير العقابية — الدكتور أنور سلطان في مصادر الالتزام — الدكتور عبد النعم فرج الصدة في مصادر الالتزام — الأستاذ حسين علمر في المدنية التقصيرية والعقابية .

§ ١ — التمييز بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية

(Distinction entre la responsabilité morale et la responsabilité légale)

٥٠٥ — الفروق ما بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية : المسؤولية الأدبية

لا تدخل في دائرة القانون ، ولا يترتب عليها جزاء قانوني . وأمرها موكول إلى الضمير . أما المسؤولية القانونية فتدخل في دائرة القانون ، ويترتب عليها جزاء قانوني^(١) .

وأهم الفروق ما بين هذين النوعين من المسؤولية ثلاثة :

(١) المسؤولية الأدبية تقوم على أساس ذاتي محض ، فهي مسئولية أمام الله أو مسئولية أمام الضمير . أما للمسؤولية القانونية فيدخلها عنصر موضوعي ، وهي مسئولية شخص أمام شخص آخر .

(٢) ومن ثم تتحقق للمسؤولية الأدبية حتى لو لم يوجد ضرر ، أو وجد ولكنه نزل بالمسئول نفسه فيكون هو المسئول والمضروب في وقت واحد ، بل إن هواجس النفس وخلجات الضمير قد تحقق للمسؤولية الأدبية ، ولو لم يكن لها مظهر خارجي . أما للمسؤولية القانونية فلا تتحقق إلا إذا وجد ضرر ، وأحاط هذا الضرر بشخص آخر غير المسئول .

(٣) وينبني على ذلك أن المسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية ، فهي تتصل بملاقة الإنسان بربه ، وبملاقته بنفسه ، وبملاقته بغيره من الناس أما المسؤولية القانونية فلا تتصل إلا بملاقة الإنسان بغيره من الناس .

وإذا تركنا المسؤولية الأدبية ووقفنا عند المسؤولية القانونية ، نراها نوعين : مسئولية جنائية ومسؤولية مدنية .

(١) [انظر في التمييز ما بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية وما بينهما من روابط : مارتى ورينو ج ١ بند ٣٧ — ج ٢ بند ٣٥٧ س ٣٢٤ — ريمير : القاعدة الختامية بند ١١٢ — رابو (Rabus) فكرة المحلل في القانون الخامس (رسالة من باريس سنة ١٩٤٨) س ١٣١ وما بعدهما — الدكتور سليمان مرقس (المصدر) بند ٣٥٩ س ٤٦٢ — دروس الدكتوراه في المسؤولية بند ٣ صحيفة ٤ — الدكتور عبد الحميد فرج الصلح بند ٤٠١ س ٤٢٩] .

§ ٢ — التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية

(Distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile)

٥٠٦ — الفروق ما بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية : هناك فرقان جوهريان ما بين للمسئوليتين الجنائية والمدنية^(١).

(أولاً) تقوم المسؤولية الجنائية على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع . أما المسؤولية المدنية فتقوم على أن هناك ضرراً أصاب الفرد . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) جزاء المسؤولية الجنائية عقوبة ، أما جزاء المسؤولية المدنية فتمويض . (٢) الذى يطالب بالجزاء فى المسؤولية الجنائية هو النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع ، أما الذى يطالب بالجزاء فى المسؤولية المدنية فالضرور نفسه لأن الجزاء حقه هو . (٣) لا يجوز الصلح ولا التنازل فى المسؤولية الجنائية لأن الحق فيها عام للمجتمع ، ويجوز الصلح والتنازل فى المسؤولية المدنية لأن الحق فيها خاص للفرد . (٤) لما كانت العقوبة فى المسؤولية الجنائية تنطوى على معنى الإيلام كان من الواجب حصر الجرائم والعقوبات ، فلا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص ، أما المسؤولية المدنية فتترتب على أى عمل غير مشروع دون حاجة لنصوص تبين الأعمال غير المشروعة عملاً عملاً .

(ثانياً) النية ركن فى المسؤولية الجنائية . وهنا تقترب المسؤولية الجنائية من المسؤولية الأدبية . ولكن إذا كان محض النية يكفى فى المسؤولية الأدبية ، فهو لا يكفى فى المسؤولية الجنائية بل يجب أن يكون للنية مظهر خارجى يصل الى حد معين من الجساماة : فالتصميم والأعمال

(١) انظر فى التمييز ما بين المسؤولية المدنية والجنائية وفى تأثير المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية : مارتى وريونج ٢ بند ٣٥٩ وبند ٣٨٢ ص ٣١٢ وهامش ٣ — ورسالة (هوجيتى) عن فكرة العقوبة المدنية فى القانون العاصر (دييون ١٩٠٤) — بيدان وروديرج ٩ مكرر بند ١٣٧٤ — دى باج ٢ بند ٩٠٥ — ٩٠٧ — حشمت أبو ستيت بند ٤٠٨ — سليمان مرقس (الصادر) بند ٣٦٠ وما بعده — ودروس الدكتوراه بند ٤ س ٦ والمراجع المشار إليها فى هامش (٢) س ٨ — أنور سلطان بند ٤٠٥ — ٤٠٦ س ٤٠٦ — ٤٠٧ — عبد المنعم الصدة بند ٤٠٧ — ٤٠٣ س ٤٣٠ — ٤٣١] .

التحضيرية لا عقاب عليها ، والشروع قد يساقب ، ويساقب الفعل التام . وإلى جانب هذا المظهر الخارجي يتطلب أن تكون الجريمة الجنائية عملاً يخلق الضرر بالمجتمع . بل إن جسامته الضرر قد يكون لها أثر في العقوبة ، فتشدد في الضرب الذي يقضى إلى موت أو الذي يحدث عاهة مستديمة عما هي في الضرب البسيط ، مع أن النية واحدة في هذه الأعمال . وقد تزداد أهمية الضرر إلى حد أن يجب الضرر النية ، فهناك أعمال تعد جرائم لأنها ضارة بالمجتمع سواء سببتها النية أو لم تصحبها ، كالتخالفات التي لا تشترط فيها النية والجرائم التي يكفي فيها مجرد الإهمال . ولكن ، من جهة أخرى ، قد يكفي في المسؤولية الجنائية احتمال وقوع الضرر لوقوعه بالفعل ، كما هو الأمر فيما يسمى الآن في القانون الجنائي بالتدابير للآمنة (mesures de sûreté) ومهما يكن من أمر ، فالنية في المسؤولية الجنائية إذا لم تكن وحدها كافية فإن وجودها ضروري في أكثر الجرائم .

أما في المسؤولية المدنية فالنية لا تشترط ، وأكثر ما يكون الخطأ المدني إهمال لا عمد . وسواء كان العمل غير المشروع عمداً أو غير عمد ، فإن الضرر الذي يحدثه يجب أن يعمد كاملاً دون تفريق ما بين الحالتين ، وإن كان القضاء يميل ميلاً طبعياً إلى زيادة التمييز في الفعل العمد وإلى قياس التمييز بجسامته الخطأ في الفعل غير العمد .

٥٠٧ — العمل الواحد قد ترتب عليه المسؤولية معاً وقد ترتب عليه مسؤولية دون المسؤولية : ويتبين مما تقدم أن قيام إحدى المسؤوليتين لا يتعارض مع قيام المسؤولية الأخرى . وقد يترتب على العمل الواحد مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية في وقت معاً ، كالقتل والسرقة والضرب والسب والتدف . فكل عمل من هذه الأعمال يحدث ضرراً بالمجتمع وبالفرد في وقت واحد . فيكون من ارتكب هذا العمل مسئولاً مسؤولية جنائية جزاؤها العقوبة ، ومسئولاً مسؤولية مدنية جزاؤها التمييز .

ولكن يصح ألا يترتب على العمل إلا إحدى المسؤوليتين دون الأخرى . فتحقق المسؤولية الجنائية دون المسؤولية المدنية إذا لم يلحق العمل ضرراً بأحد كما في بعض جرائم

الشروع وجرائم أخرى كالقتل ودخالات الرور وحمل السلاح والاتفاق الجنائي .
وتتحقق المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجنائية إذا لحق العمل ضرراً بالغير دون أن يدخل
ضمن الأعمال المعاقب عليها في القوانين الجنائية ، كإتلاف مال الغير عن غير عمد وإغواء
امرأة غير قاصر وسوء العلاج والمناقشة غير المشروعة وفصل العامل في وقت غير لائق
وجميع المسؤوليات التي تقوم على خطأ مفروض^(١) .

٥٠٨ — الآثار التي ترتب على اجتماع المسؤولين في عمل واحد : إذا ترتب على
العمل الواحد مسئوليتان الجنائية والمدنية معاً ، أثرت المسؤولية الجنائية ، وهي أقوى لأنها
حق المجتمع ، في المسؤولية المدنية ، وهي أضعف لأنها حق الفرد . ويظهر ذلك فيما يأتي :
(أولاً) التقادم : تنص المادة ١٧٢ من القانون المدني الجديد بأن دعوى التعويض
المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فإذا ترتب على العمل الواحد دعويان ، الدعوى
المدنية والدعوى الجنائية ، فإن عدم تقادم الدعوى الجنائية يقف تقادم الدعوى المدنية .
وبستخلص من هذا أن الدعوى الجنائية تبث الحياة في الدعوى المدنية ، فتبقى
هذه مادامت تلك باقية . ولا عكس . فبقاء الدعوى المدنية قائمة لا يمنع من تقادم الدعوى
الجنائية . وسيأتي تفصيل ذلك .
(ثانياً) الاختصاص : إذا ترتب على العمل الواحد المسئوليتان الجنائية والمدنية ،

(١) انظر في قيام المسؤولية المدنية دون الجنائية : استئناف مخطط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ —
م ٤٠ ص ٤٩ — وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٨١ — وفي ترتيب المسؤولية المدنية دون المسؤولية
الجنائية في التزوير واستعمال الورقة الزوررة : قضى جنائي في ٣٠ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم
٣٢ ص ٥٨ — وفي قيام المسؤولية الجنائية على خطأ المسئول مع قيام المسؤولية المدنية على خطأ مشترك :
استئناف مخطط في أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٨١ .

وقضت محكمة النقض بأن قرار المحفظ الذي تصدره النيابة العامة أيما كان سببه ، سواء لأنها قد عرفت
أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مهما كانت صوره ، أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بينه غير صحيح أو لم
يقم عليه دليل كاف — هذا القرار لا يجوز قوة الأمر القضي قبل الضرور بالحادث ، فلا يحول بينه
وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى الدعي عليه فيها (قضى مدني في ٢٧ أكتوبر
سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض — ١ — رقم ٣ ص ٧) .

أمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية ، لأن الدعوى المدنية هي التي تتبع الدعوى الجنائية .

(ثالثاً) وقف الدعوى : إذا ترتب على العمل الواحد المسئولتان الجنائية والمدنية ، ورفضت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، فرفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية يحف سير الدعوى المدنية ، وعلى المحكمة المدنية أن تأمر بوقف الدعوى حتى يبت في الدعوى الجنائية . ولا يجوز عندئذ الرجوع عن الطريق المدني ورفع الدعوى المدنية من جديد أمام المحكمة الجنائية . ومن ثم نرى أن الدعوى الجنائية تقف الدعوى المدنية (Le criminel tient le civil en état) .

(رابعاً) قوة الأمر المقضى : وإذا بقت المحكمة الجنائية في الدعوى بحكم ، حاز هذا الحكم قوة الأمر المقضى . وتقيد المحكمة المدنية عندئذ بما أثبتته المحكمة الجنائية في حكمها من وقائع ، دون أن تقيد بالتكييف القانوني لهذه الوقائع ، فقد يختلف التكييف من الناحية المدنية عنه من الناحية الجنائية . وينبنى على ذلك أنه إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة أو بالإدانة لأسباب ترجع إلى الوقائع ، بأن أثبت في حكمه أن العمل السند إلى التهم لم يثبت وقوعه منه أو ثبت وقوعه ، تقيد القاضي المدني بالوقائع التي أثبتتها المحكمة الجنائي . فلا يجوز أن يقول إن العمل قد ثبت حيث لم يثبت أو لم يثبت حيث قد ثبت ، واسكن يجوز أن يكيف الوقائع الثابتة تكييفاً مدنياً غير التكييف الجنائي . أما إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة لأسباب ترجع إلى التكييف القانوني ، كأن كان الإهمال الثابت صدورهم من التهم لا يصل إلى درجة الإهمال الجنائي^(١) ، أو كانت الدعوى العمومية قد

(١) قد يكون الإهمال الصادر من التهم لا يكفي لمساءلته جنائياً ، ويمكن للمسئولية المدنية حيث تقوم هذه المسئولية على خطأ مفروض في بعض الأحوال . على أن محكمة النقض قد قضت بأن الإهمال في جريمة المرح بإهمال المتصور عليها في المادة ٧٤٤ من قانون العقوبات لا يختلف في أي عنصر من عناصره عن الخطأ غير المفروض التي يستوجب المساءلة المدنية ، فبراءة التهم في الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المدعى به تستلزم حتماً رفض الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ (نقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

[وانظر في حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني رسالة فالتيكوس (Valticos) باريس ١٩٥٣ - وانسكلوبيدي دالوز المدنية تحت كلمة « قوة الشيء المقضى » بند ٢٧٧] .

سقطت بموت المتهم ، أو كان هناك مانع من توقيع العقوبة الجنائية لأن السارق ابن للمجنى عليه أو صدر لمصلحته عفو شامل ، فإن ذلك لا يمنع القاضي المدني من الحكم بالمسئولية المدنية .

وقف الآن عند المسئولية المدنية ، وهي أيضاً نوعان : مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية .

§ ٣ — التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية

(Distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle)

٥٠٩ — المسئوليات العقدية والتقصيرية — ازدواج المسئولية أو وهرتها : المسئولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات . والمسئولية التقصيرية تقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير . فالدائن والمدين في المسئولية العقدية كأنهما مرتبطان بمقد قبل تحقق المسئولية . أما في المسئولية التقصيرية قبل أن تتحقق فقد كان المدين أجنبياً عن الدائن . مثل المسئولية العقدية أن يبرم عقد بيع ، ثم يتعرض البائع للشترى في العين المبيعة ، فيخل بالتزامه العقدي من عدم التعرض . ومثل المسئولية التقصيرية أن تكون العين في يد مالكها ، ويتعرض له فيها أجنبي . فتتحقق مسئولية التعرض ، ولكن مسئوليته هنا تقصيرية لاعقدية ، إذ هو لم يخل بالتزام عقدي يوجب عليه عدم التعرض للعين ، بل أخل بالتزام قانوني عام يفرض عليه عدم الإضرار بالغير ويدخل في هذا النير مالك العين .

هذا كله لا خلاف فيه . وإنما الخلاف في تكيفه . فنن التقهاء من يذهب إلى وجوب التمييز ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية لوجود فروق هامة بينهما تقتضي هذا التمييز ، وهؤلاء هم أنصار ازدواج المسئولية (dualité de responsabilité) . ومنهم من يرى ألا محل لهذا التمييز بين المسئوليتين ، فإن إحداها لا يختلف عن الأخرى في طبيعتها ،

وهؤلاء هم أنصار وحدة المسؤولية (unité de responsabilité) ^(١).

٥١٠ — أنصار ازدواج المسؤولية : هؤلاء هم كثرة الفقهاء . يقولون إن هناك فروقاً هامة ما بين المسئولين العقدية والتقصيرية تقتضى وجوب التمييز بينهما حتى يطبق على كل منهما ما ينحصر من أحكام . ويحملون هذه الفروق في الوجوه الآتية :

١ — الأهلية : في المسؤولية العقدية تشترط أهلية الرشيد في أكثر العقود . أما في المسؤولية التقصيرية فتكفي أهلية التمييز .

٢ — الإثبات : في المسؤولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدي بعد أن يثبت الدائن وجود العقد . أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد خرق التزامه القانوني وارتكب عملاً غير مشروع .

٣ — الإعذار : في المسؤولية العقدية يشترط إعذار المدين إلا في حالات استثنائية . أما في المسؤولية التقصيرية فلا إعذار ^(٢).

(١) [أنظر في العلاقة ما بين المسؤولية التضامنية والمسؤولية التقصيرية — وفي مناقشة رأى الفائلين بوحدة المسئولين وازدواجهما : هـرى مازو — مقال في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٩ ص ٥٥١ وما بعدها — أندريه بران (André Brun) : روابط المسئولين العقدية والتقصيرية وظائهما — رسالة من ليون سنة ١٩٣١ — مارتى وريغو ٢٠ بند ٣٦٢ وما بعده — مطول بيدان ٩٠ مكرر (بالاشتراك مع رودير) بند ١٦٦٧ وما بعده — دى باج ٢٠ بند ٩٢٠ وما بعده — حشمت أبو ستيت بند ٤١٠ وما بعده — سليمان مرقس الصادر بند ٣٦١ وما بعده — ودروسه بقسم الدكتوراه من بند ٦ إلى بند ٢٨ — أنور سلطان بند ٤٠٧ وما بعده — عبد التزم الصفة بند ٤٠٥ وما بعده — عبد الحى حجازى : موجز النظرية العامة للالتزام — الصادر غير الإدارة — طبعة ١٩٦٣ ص ٥ — بند ٦٥٥] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المحكم قد قضى باستحقاق المؤجر لتعويض مقابل حرمانه من منفعة أرضه في المدة التالية لانتهاء الإيجارة استفاداً إلى استمرار المستأجر في الانتفاع بهذه الأرض بغير رضاه المؤجر ، الأمر الذى يعد غصباً ، فلا يصح التمسك عليه بأنه قد قضى بالتعويض دون تكليف رسمى ، إذ أن هذه المسؤولية تقصيرية لا يلزم لاستحقاق التعويض عنها التكليف بالوفاء (قضى مدنى في ١٩٤٩/١٢/١٥ — مجموعة أحكام النقض — السنة الأولى — ص ٩٨ — رقم ٢٩)] .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كيفت محكمة للوضوح ما ثبت لها من وقائع الدعوى تكييفاً خاطئاً قلت =

٤ — مدى تمويض الضرر : في المسؤولية العقدية لا يكون التمييز إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول. أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التمييز عن أى ضرر مباشر سواء كان متوقفاً أو غير متوقع^(١).

٥ — التضامن : في المسؤولية العقدية لا يثبت التضامن إلا باتفاق . أما في المسؤولية التقصيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون .

٦ — الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية : يجوز هذا الإعفاء بوجه عام في المسؤولية العقدية . ولا يجوز في المسؤولية التقصيرية .

٧ — التقادم : تتقادم المسؤولية العقدية بخمس عشرة سنة . أما المسؤولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

٥١١ — أنصار وحدة المسؤولية : وأبرز هؤلاء الأنصار الأستاذ بلانيول . وم يقولون بألا فرق في الطبيعة ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية . كلاهما جزاء لالتزام سابق : المسؤولية العقدية جزاء لالتزام عقدي لم يمت به الملتزم ، والمسؤولية التقصيرية جزاء لالتزام قانونى أدخل به السئول . والمدين في الحالتين تحققت مسئوليته لسبب واحد هو إخلاله بهذا الالتزام العدى أو القانونى . فالمسئوليتان إذن تتحدان في السبب وفي النتيجة ، فتكون طبيعتهما واحدة ، ولا محل للتفريق بينهما . أما ما استظهره أنصار ازدواج المسؤولية من فروق ما بين المسئوليتين ، فهي فروق ظاهرية لا تثبت عند التعمق في النظر ويستمرضون هذه الفروق على النحو الآتى :

== به الدعى عن حقيقتها ، وأصلها حكماً قانونياً غير ما يجب إعطاؤه لها ، كأن اعتبرت التمييز في تنفيذ عقد المناقضة بالتسليم خطأ فلياً (faute delictuelle) كالاعتصاب بوجب التضمين على المقصر من يوم تمييزه لامن يوم انتيبه الرسمى ، فإن الحكم الذى تصدره بهذا يكون مخالفاً للقانون وحين تنفضه (تنقض مدنى) في ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ س ٦٦٦) .

(١) استئناف مخطوط في ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ س ٩٨ .

٦ — الأهلية : ليس صحيحاً أن يقال إن أهلية الرشد تشترط في المسؤولية العقدية وتكفي أهلية التمييز في المسؤولية التصديرية . والصحيح ألا أهلية في كلتا المسؤوليتين . إنما الأهلية في القصد دون غيره . فيشترط الرشد في أكثر العقود . فإذا تم العقد صحيحاً كان على المدين أن ينفذ التزامه العقدى ، وإلا كان مسئولاً مسؤولية عقدية . ولا يشترط في هذه المسؤولية العقدية أية أهلية ، حتى لو أن المدين زالت أهليته بعد أن كان أهلاً وقت التصاعد ، بقى ملتزماً بالعقد ، وبقيت مسؤوليته العقدية قائمة بعد زوال أهليته ، ولا يخليه من هذه المسؤولية إلا القوة القاهرة أو نحوها . وفي المسؤولية التصديرية لا محل للكلام في الأهلية ، وليس صحيحاً أن يقال إن أهلية التمييز واجبة في هذه المسؤولية . والصحيح أن المسئول يشترط لتحقيق مسؤوليته أن يرتكب خطأ . ونسبة الخطأ إلى المسئول تقتضى أن يكون عيبراً . فالتمييز إذن هو شرط لتحقيق المسؤولية . وليس أهلية في المسئول .

٣ — الإثبات : ولا فرق بين المسئولين فيمن يحمل عبء الإثبات . ففي كلتيهما يحمله الدائن . يثبت في المسؤولية العقدية القصد ، وهو مصدر الالتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسؤولية العقدية . أما في المسؤولية التصديرية فلا حاجة به إلى إثبات الالتزام القانونى بعدم الإضرار بالغير . وهو الالتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسؤولية التصديرية ، لأنه التزام مقرر على الكافة فرضه القانون ، فإذا ثبت الالتزام السابق في كلتا المسئوليتين على هذا الوجه ، يبق إثبات الإخلال به . وهنا يحمل الدائن عبء الإثبات أو يحمله المدين ، لا تبعاً لما إذا كانت المسؤولية تصديرية أو عقدية ، بل تبعاً لما إذا كان الالتزام السابق هو التزام بعمل أو التزام بامتناع عن عمل . فالمدين هو الذى يثبت أنه قام بالعمل الذى التزم بالقيام به ، والدائن هو الذى يثبت أن للمدين قد آتى العمل الذى التزم بالامتناع عنه . ففي المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام العقدى عملاً — ويدخل في ذلك نقل الحق المعينى — فعلى المدين أن يثبت أنه قام به ، وهو يحمل عبء الإثبات لا لأن المسؤولية عقدية بل لأن الالتزام الذى أخل به هو التزام بعمل . أما إذا كان

الالتزام امتناعاً عن عمل ، فالدائن هو الذى يثبت أن للدين قد أخل بالتزامه . وكذلك الحال فى المسئولية التقصيرية . ولكن لما كان الالتزام القانونى السابق فى هذه المسئولية دائماً هو الالتزام بالامتناع عن عمل — عدم الإضرار بالغير — فالدائن إذن هو الذى يثبت فى المسئولية التقصيرية أن للدين قد أخل بالتزامه وأحدث الضرر بنحوه . ولكن ليس ذلك لأن المسئولية تقصيرية ، بل لأن الالتزام الذى أخل به الدين هو التزام بالامتناع عن عمل . ومن هنا يتبين أن عبء الإثبات فى المسئولية العقدية يحمله الدين تارة وطوراً يحمله الدائن تبعاً لما إذا كان الالتزام العقدى السابق هو التزام إيجابى أو التزام سلبى ، وعبء الإثبات فى المسئولية التقصيرية يحمله الدائن فى جميع الأحوال لأن الالتزام القانونى السابق هو دائماً التزام سلبى . فالعمرة إذن فيمن يحمل عبء الإثبات ، لا بنوع المسئولية هل هى عقدية أو تقصيرية . بل بالالتزام السابق هل هو إيجابى أو سلبى .

٣ — الإعذار : وليس صحيحاً أن الإعذار يشترط فى المسئولية العقدية دون المسئولية التقصيرية . فالإعذار لا يشترط فى الالتزامات السلبية إذا أخل بها الدين ، سواء كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية . ولما كان الالتزام فى المسئولية التقصيرية هو دائماً التزام سلبى ، لذلك لا يشترط الإعذار . وهو أيضاً لا يشترط فى المسئولية العقدية إذا كان الالتزام العقدى التزاماً سلبياً كما هو معروف . فالعمرة هنا أيضاً بما إذا كان الالتزام إيجابياً أو سلبياً ، لا بما إذا كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية .

٤ — مدى تمييز الضرر : والسبب فى أن التمييز فى المسئولية العقدية لا يتناول ، الضرر غير المتوقع ولو كان مباشراً أن هذا الضرر لم يدخل فى حساب المتعاقدين لأنهما لم يكونا يتوقعانه .

٥ — التضامن : والسبب فى أن التضامن يثبت بمقتضى القانون فى المسئولية التقصيرية ، أن الخطأ هو السبب فى الضرر ، فإذا ارتكبت الخطأ اثنان كان خطأ كل منهما هو السبب

في الضرر فوجب عليه التمييز كاملاً . ومن ثم قام التضامن .

٦ - الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية : والسبب في أن هذا الإعفاء لا يجوز في المسؤولية التصيرية أن القانون هو الذى قرر أحكام هذه المسؤولية ، فهى من النظام العام .

٧ - التقادم : وإذا كانت المسؤولية التصيرية تتقادم بثلاث سنوات في بعض الأحوال ، فهذا أمر لا يرجع إلى طبيعة المسؤولية ، بل إن المشرع قرر ذلك لحكمة ارتأها هو ، وقد لا يرتبها مشرع آخر . وكان التفتين القديم يحمل مدة التقادم في المسؤولية التصيرية خمسة عشرة سنة كما في المسؤولية العقدية .

٥١٢ - الموضع الصحيح للمساءلة - وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية

التقصيرية : لا شك في أن المسئولين العقديتين والتقصيرية تقومان على مبدأ واحد . فكلتاها جزاء للاخلال بالتزام سابق . ولا فرق بينهما في هذه الناحية ، لا من حيث الأهلية ولا من حيث الإثبات ولا من حيث الإعذار . وقد استطاع أنصار وحدة المسؤولية أن يثبتوا ذلك . فالأهلية لا تكون إلا في العقد ، ولا محل للكلام فيها لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التصيرية ، وعيب الإثبات وضرورة الإعذار العبرة فيهما لا بأن المسؤولية عقدية أو تقصيرية . بل بأن الالتزام السابق إيجابى أو سلبى .

ولكن إلى هنا تنقق المسئوليتان . وهما مختلفتان بمد ذلك . تختلفان في أن الالتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسؤولية هو التزام عقدى في المسؤولية العقدية وهو التزام قانونى في المسؤولية التصيرية . وهذا الاختلاف ترتب عليه فروق جوهرية لا فروق عرضية .

ففي المسؤولية العقدية الدائن والمدين هما اللذان بإرادتهما أنشأ هذا الالتزام السابق وحددا مده . ومن ثم رسا مدى التمييز عن الضرر ، فلم يدخل في حسابها الضرر غير المتوقع . ولم تنصرف إرادتهما إلى التمييز عنه ، فلا تمييز . ومن ثم كانت إرادة

للتعاقدين ، إذا تعدد الدين ، هي التي تحدد مدى اشتراك كل مدين في المسؤولية ، والأصل أن تضامن بين المدينين ، فإذا أريد التضامن وجب أن تنبج إرادة التعاقدين إلى اشتراطه . ومن ثم جاز التعاقدين ، وهما الاذان بإرادتهما حددا مدى الالتزام ، أن يراضيا على الإعفاء منه في حالات معينة . ومن ثم أخيراً لا يتقدم الالتزام ، وهما الاذان ارتضياه ، إلا ببلدة طويلة هي خمس عشرة سنة .

ولا كذلك في المسؤولية التصهيرية . فإن الالتزام الذي ترتب على الإخلال به تحقق هذه المسؤولية هو التزام قانوني ، أي التزام ، القانون هو الذي أنشأه وحدد مداه . ولم تدخل إرادة الطرفين في شيء من ذلك . ومن ثم وجب التمييز عن كل الضرر ، سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعا ، ما دام مباشراً لأن هذا هو الأصل في التمييز ، ولم تدخل إرادة الطرفين لتتقوى للتمييز عن الضرر غير المتوقع . ومن ثم إذا اشترك أكثر من واحد في أحداث الضرر ، كان كل منهم مقسبياً فيه ، ووجب عليه التمييز كاملاً ، ومن هنا قام التضامن . ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يراضيا على الإعفاء من المسؤولية التصهيرية ، فإن الالتزام الذي أحل به المدين هو التزام فرضه القانون ، ولا دخل فيه لإرادة الطرفين ، فالقانون هو الذي يعنى منه في الحالات التي ينص عليها . ومن ثم رأى الشرع في المسؤولية التصهيرية ، والالتزام مفروض على المدين دون أن يرتضيه ، أن يكون التقدم ببلدة أقصر من مدة التقدم في المسؤولية العقدية وفيها ارتضى المدين الالتزام عن طوعية واختيار ولم يفرضه عليه القانون فرضاً .

إنه توجد فروق جوهرية بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التصهيرية ، ترجع إلى طبيعة كل من المسئولين . فالسؤولية العقدية جزاء للإخلال بالالتزام عقدي ، والطبيعة العقدية لهذا الالتزام هي التي أملت الحلول العملية التي تحقق معها . والمسؤولية التصهيرية جزاء للإخلال بالالتزام قانوني ، وطبيعة هذا الالتزام هي التي أملت الحلول العملية التي تلائمها والتي تخالف الحلول العملية الأولى . فلا بد إذن من التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التصهيرية ،

لأن التمييز بينهما يتطلبه طبيعة كل منهما ، وتترتب عليه فروق جوهرية فيما بينهما ، هي التي ذكرناها فيما تقدم ^(١)

٥١٣ — تحرير نطاق كل من المسئولين : أما وقد وجب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وثبت أن هناك فروقاً جوهرية بينهما ، فإنه يتعين أن يحدد نطاق كل منهما ، حتى تترتب على كل مسئولية ما يتعلق بها من الأحكام .

نطاق المسئولية التقصيرية حدوده واضحة . فإن هذه المسئولية تتحقق حيث يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرب . فالدائن المضرور هنا أجنبي عن المدين ، لا يرتبط بعقد معه .

أما المسئولية العقدية فيحدد نطاقها شرطان : أولهما أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين ، والثاني أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد . ونبحث كلا من الشرطين .

فالشرط الأول هو أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين . فإذا لم يكن هناك عقد أصلاً ، ولو وجدت شبهة عقد ، فالمسئولية لا تكون عقدية . مثل ذلك أن يدعو صديق صديقه للركوب معه في عريته مجاملة ^(٢) ، أو يدعو له للفداء أو للسهرة ، أو يختطب رجل امرأة ، فلا عقد في مثل هذه الأحوال ، والمسئولية لا تكون إلا تقصيرية بأن يثبت للضرور أن هناك خطأ ارتكبه المسئول . كأن يرتكب الصديق خطأ في قيادة العربة ، أو يعتمد الإخلال بالدعوة إضراراً بصديقه ، أو يعدل الخاطب عن الزواج إضراراً بمخطبته . فإذا

(١) هذا إلى أن عيب الإثبات — من الناحية البلية المحضة — يبدو فرقاً جوهرياً ما بين المسئولين . وقد كان هو والإعفاء الإحاطي من المسئولية سببين رئيسيين للمسئولية العقدية في بعض الفروض . كما في عقد نقل الأعتاس والتزام أمين النقل بسلامة الراكب التزاماً كيف بأنه التزام عقدي — أو لقول بالمعزة ما بين المسئولين — كما في عقد النقل إذا ائذن بفسر الإعفاء . فإت القول بالمعزة يمكن من اختيار المسئولية التقصيرية وهذه لا يجوز الإحاط على الإعفاء منها .

(٢) شيئاً من تفصيل للأحكام التي تطبق في النقل المجاني فيما على (أنظر فقرة ٥٤٦) .

قام عقد بين الدائن والمدين أمكن أن يتحقق للمسئولية التقديرية ولكن المدة السابقة على تكوين العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية قصيرية ، كما هي الحال في نظرية الخطأ عند تكوين العقد وقد مر بيانه ، وكما في قطع المفاوضات للتعاقد في وقت غير لائق ، وكما في رفض شخص للتعاقد بعد أن دعا هو إليه . كذلك المدة التالية لاقضاء العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية قصيرية ، كما إذا دخل مهندس في خدمة مصنع واطلع على أسرارها ولما اقضى عقد خدمته دخل في خدمة مصنع منافس وأفضى بالأسرار التي وقف عليها في المصنع الأول — ويجب أن يكون العقد القائم بين الدائن والمدين عقداً صحيحاً ، فإن كان باطلاً أو قابلاً للإبطال فالمسئولية التقديرية لا تتحقق . وقد ورد تطبيق لهذا الحكم في المادة ١١٩ من التقنين المدني الجديد ، وهي تنص بأنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتبويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته » . ففي هذه الحالة ، بعد أن يبطل ناقص الأهلية العقد ، يكون مسئولا مسئولية قصيرية عن استعماله للطرق الاحتياطية التي قادت إلى التعاقد — والمسئولية التقديرية لا تتحقق إلا فيما بين الدائن والمدين اللذين يربطهما العقد . فإذا دفع أجنبي أحد المتعاقدين على أن يخل بتعاقده ، كصاحب مصنع يحرص مستخدماً في مصنع آخر على الخروج من هذا المصنع قبل انتهاء عقد الاستخدام للدخول في خدمة المصنع الأول ، تحققت المسئولية التقديرية فيما بين صاحب المصنع الثاني والمستخدم لارتباطهما بالعقد . ولكن لا تتحقق إلا مسئولية قصيرية فيما بين صاحب المصنع الثاني وصاحب المصنع الأول ، لأن هذا لم يرتبط بعقد الاستخدام . وإذا أمن شخص على مسئوليته ثم تحققت هذه المسئولية ، فإن مسئولية شركة التأمين نحو المؤمن له تكون مسئولية عقدية لارتباطهما بعقد التأمين ، ولكن مسئولية المؤمن له نحو المصاب تكون مسئولية قصيرية لأن عقد التأمين لم يكن المصاب طرفاً فيه . أما إذا اشترط المؤمن له في عقد التأمين لمصلحة المصاب ، فإن شركة التأمين تكون مسئولة نحو المصاب مسئولية عقدية دون أن يكون المصاب طرفاً في عقد التأمين ، وبعد هذا استثناء من القاعدة التي تنص بأن المسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين طرفي العقد ، نزولاً على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير .

والشرط الثاني أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ القدر . فإذا كان الضرر قد حدث من عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للقدر ، فإن المسؤولية القندية لا تتحقق ، بل تتحقق المسؤولية التقصيرية . مثل ذلك المبة ، فإن الواهب لا يضمن خلل الشيء الموهوب من العيب إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمه ، فإن كان الشيء الموهوب معيباً ولم يضمن الواهب العيب ولم يعتمد إخفاؤه ، وتسبب عن العيب ضرر للموهوب له ، فإن مسؤولية الواهب تكون هنا مسؤولية تقصيرية ، ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ في جانب الواهب . أما إذا وقع الضرر بسبب عدم تنفيذ المقدار فإن المسؤولية القندية تتحقق ، كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري بالرغم من إخطاره وذاك المبيع في يد البائع . ومن ثم وجب تحديد الالتزامات التي تنشأ من القدر حتى يمد عدم تنفيذها سبباً لتحقيق المسؤولية القندية . وهناك عقود يصعب فيها تحديد هذه الالتزامات^(١) ويرجع في التحديد إلى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . وعلى القاضي أن يكشف عن هذه النية بطرق التفسير المعتادة^(٢) .

(١) وبعبارة أخرى : ينطبق على الالتزام بكفالة السلامة (obligation de sécurité) عقد نقل الأشياء ضمن دون عك هذا الالتزام ، ويحتر أمين النقل مسؤولاً مسؤولية عقدية إذا نقلت الأشياء التي تعهد بنقلها في أثناء النقل . أما عقد نقل الأشخاص ، فالأمر فيه ليس واضحاً وضوحه في عقد نقل الأشياء . ذلك أن الشيء إذا سلمه أمين النقل لنقله يخضع خضوعاً تاماً لسلطته ، إذ ليست له حركة ذاتية ، أو له هذه الحركة كالحيوان ولكن يمكن ضبطها . أما الفرض الذي يصحده أمين النقل بنقله فله حركة ذاتية ، لا يخضع زمامها خضوعاً تاماً لسلطة أمين النقل . على أن القضاء والفقه ، في مصر وفي فرنسا ، يرتبان التزاما بكفالة السلامة في ذمة أمين النقل ، حتى بالنسبة إلى نقل الأشخاص .

والالتزام بالسلامة يختلف مفاه في عقد عنه في عقد آخر . ففي بعض العقود يكون التزاماً ببذل عناية ، كالالتزام الطبيب في علاج المريض ، يكفي فيه أن يثبت الطبيب أنه اصطنع الحيلة واليقظة بالقدر المطلوب في صناعة الطب حتى يكون قد وفى التزامه ولو لم يشف المريض فلا تتحقق مسؤوليته القندية . وفي عقود أخرى ، كمقد النقل المتضمن الذكر ، يكون التزاما بصحيح غاية ، فيكفل الدين سلامة الدائن ، ولا تخفى مسؤوليته القندية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي .

(٢) أنظر في الالتزام بكفالة السلامة ملزو ١ ص ١٦٥ — ص ١٨٩ .

(٣) ومن هذه الطرق الرجوع إلى النصوص التشريعية المفسرة لإرادة المتعاقدين أو المسكلة لها . وهذه النصوص كثيرة في العقود المسماة .

٥٦٤ - مرم جواز الجمع ما بين المسئولية العقابية والمسئولية التقصيرية :

بعد أن بينا وجوب التمييز بين المسئولية العقابية والمسئولية التقصيرية ، وحددنا نطاق كل من المسئوليتين . وجب أن نواجه فرضاً يتحقق في كثير من الأحيان ، وهو أن يعاقر في العمل الواحد شروط للمسئولية العقابية وشروط للمسئولية التقصيرية في وقتاً واحداً . وبمرض في صدد هذا الفرض سؤال أول ، لا يحوم أى شك في الجواب عليه ، هو هل يجوز للدائن الذى أصابه الضرر بسبب هذا العمل أن يجمع بين المسئوليتين في الرجوع على المدين ؟

لا شك في أن الدائن لا يجوز له الجمع بين المسئوليتين في الرجوع على المدين ، إذ الجمع ، بأى معنى فهم هذا اللفظ ، غير مستساغ .

قد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بمويزين ، تمويض عن المسئولية العقابية وآخر عن المسئولية التقصيرية . وهذا غير مستساغ ، لأن الضرر الواحد لا يجوز تمويضه مرتين .

وقد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتمويض واحد ، ولكن يجمع في دعوى التمويض بين ما يختاره من خصائص المسئولية العقابية ، كأن يطالب المدين بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه ، ومن خصائص المسئولية التقصيرية ، كأن يطالب المدين بتمويض عن الضرر غير المتوقع أو يتمسك ببيان الإعفاء الاتفاق من المسئولية . وهذا أيضاً غير مستساغ . فإن كلا من دعوى التمويض العقابية ودعوى التمويض التقصيرية لها خصائصها . والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويتين . أما الدعوى التى يخلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويتين فهى ليست بالدعوى العقابية ولا بالدعوى التقصيرية ، بل هى دعوى ثالثة لا يعرضها القانون .

وقد يفهم الجمع بمعنى ثالث ، هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويتين نفىها يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى . ولكن الفقه — بخلاف القضاء الفرنسى — يجمع على أن

قوة الشيء المقضي تحول دون ذلك . فلا يسوغ الجمع حتى بهذا المعنى ^(١) .

٥١٥ — حرر جواز الخيرة ما بين المسؤولية التقديرية والمسؤولية التصديرية .

الجمع إذن غير مستساغ في أى معنى من معانيه . ومن ثم ترى غلظ الدقة في التعبير عندما يقال هل يجوز الجمع بين المسؤوليتين أو لا يجوز ؟ فهذا السؤال لا يحتمل الجواب عليه شكاً ، إذ الجمع قطعاً لا يجوز . ولكن الشك يقوم إذا أبدل بلفظ « الجمع » (cumul) لفظ « الخيرة » option ، قيل هل تجوز الخيرة بين المسؤوليتين ؟ وراى بهذا أن يقال هل يجوز للدائن أن يختار الدعوى التي يراها أصلح ، على أنه إذا اختار أصلح الدعويتين قيد بها ، فلا يلجأ إلى الدعوى الأخرى حتى لو خسر الدعوى التي اختارها ؟ وهذا هو الذى قصد إليه جمهرة الفقهاء عندما يقولون في غير دقة هل يجوز الجمع ما بين الدعويتين . والإجابة على هذا السؤال في وضعه الصحيح تقسم كلا من الفقه والقضاء إلى فريقين متعارضين ، فريق يقول إن للدائن أن يختار بين الدعويتين ، وفريق آخر يذهب إلى أن دعوى المسؤولية التقديرية تحجب دعوى المسؤولية التصديرية فلا يصح للدائن أن يرفع غير دعوى المسؤولية التقديرية ، ويمتنع عليه أن يرفع دعوى المسؤولية التصديرية . ونستعرض كلا من الرأيين .

أما الذين يحملون للدائن الخيرة فيقولون إن شروط كل من الدعويتين قد توافرت ، ومنطق القانون يقضى بأن الدعوى متى توافرت شروطها جاز أن ترفع . وهنا قد توافرت شروط دعوى المسؤولية التقديرية ، فإذا اختارها الدائن جاز له رفضها . وتوافرت كذلك شروط دعوى المسؤولية التصديرية ، فلا شيء يمنع الدائن من رفضها إذا آثرها على الدعوى الأولى .

(١) وسنرى فيما بعد أن هذا يعود أيضاً قضاء محكمة النقض في مصر في دائرتها المدنية (نقض مدنى في ٥ يناير سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ من ٤٥٢) . أما الفائرة الجنائية فتعنيب إلى عكس ذلك (نقض جنائى في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ - الحامدة ٢٥ رقم ٤٥ من ١٣٢) .

وأما الذين يقتصرون الدائن على دعوى المسؤولية المقيدة فيقولون إن الدائن لا يعترف للمدين إلا من طريق القيد ، فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا القيد وجب أن يحكمها القيد والقيد وحده . فإذا أخل المدين بالتزامه القيدى لم يكن أمام الدائن إلا دعوى المسؤولية المقيدة ، وليس له الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية .

ولا شك في أن الأخذ برأى دون آخر من هذين الرأيين تترتب عليه نتائج عملية هامة تتشعب مع وجوه التمييز ما بين المسئولين فيما قدمنا . ومن وجوه التمييز هذه الإثبات . فإذا جاز للدائن أن يختار وكانت المسؤولية التقصيرية قائمة على خطأ مفروض ، اختارها الدائن لينقل عبء الإثبات إلى المدين ، ولو أن الدائن قصر على المسؤولية المقيدة لكان هو المكلف بإثبات أن المدين قد أخل بالتزامه إذا كان التزاماً بعناية . ومن وجوه التمييز أيضاً الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية . فإذا تباقد عميل مع أمين النقل وكان في عقد النقل اتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو على التخفيف منها ، ثم أصيب العميل إصابة تدخل في حدود هذا الاتفاق ، وكان له أن يختار بين المسئولين ، لاخثار المسؤولية التقصيرية إذ لا يجوز فيها الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف ، ولو قصر على المسؤولية المقيدة لاندفعت هذه المسؤولية أو خففت بفضل الاتفاق الذى تم على ذلك . وإلى جانب هذين الوجهين توجد الوجوه الأخرى التى قدمناها في التمييز ما بين المسئولين . ففي دعوى المسؤولية المقيدة لا يكون التضامن إلا باتفاق ، أما في دعوى المسؤولية التقصيرية فإن التضامن يقوم بحكم القانون . فإذا كان للدائن أن يختار ، ولم يكن هناك اتفاق على التضامن ، قد يختار المسؤولية التقصيرية ابتداءً أن يجرى التضامن بين المدينين ، أما إذا قصر على المسؤولية المقيدة فلا تضامن . وفي دعوى المسؤولية المقيدة لا يعرض المدين إلا عن الضرر المتوقع ، أما في دعوى المسؤولية التقصيرية فيعوض عن أى ضرر مباشر ولو كان غير متوقع . فهنا أيضاً تكون الخيرة نافعة للدائن ، إذ يستطيع أن ينقل من المسؤولية المقيدة إلى المسؤولية التقصيرية فينال تمويصاً كاملاً عن الضرر المباشر . ودعوى المسؤولية المقيدة تتقدم عادة بخمس عشرة سنة ، أما دعوى المسؤولية التقصيرية فتتقدم

بثلاث سنوات . وهنا الخيرة لا تنفع الدائن ، فدعوى المسئولية التقديرية إذا قصر عليها أفضل له من دعوى المسئولية التقصيرية .

ومها يكن من اقسام التقه والقضاء ، في فرنسا وفي مصر^(١) ، في هذه المسألة الهامة ،

(١) انظر في اقسام القضاء والفق في فرنسا ما تزو ١٨٨ - فقرة ٢٠٧ - بلانول وريير ويولانجيه فقرة ٩٣٣ - فقرة ٩٣٨ .

أما في مصر فيبدو أن الكثير من أحكام القضاء الوطني والمختلط تنزع إلى جواز الخيرة ما بين المسئولين . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختطة من أنه إذا اشترط بالتأجير عدم مسئولية عما يصيب المتأجر من الضرر من العين للتأجير ، فإن هذا الشرط لا يحل المؤجر من مسئولية التقصيرية عن هذا الضرر (استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٨٩١ م ، ٣ م ٢٧١ - وفي ١٠ يناير ١٩٧٤ م ٢٦ م ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٧٦ م ٣٨ م ٣٩٦) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به هذه المحكمة من أنه إذا كان التقين المدني (القديم) لا يلزم المؤجر بالقيام بأية مرمة ، فإن هذا لا يخله من المسئولية التقديرية عن الضرر الذي يصيب المتأجر بسبب قصير المؤجر في ترميم ملكه (استئناف مختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ١٥٤ - وفي ٥ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ م ٤٨٥) . ومن ذلك ما قضت به كل من محكمة الاستئناف الوطنية ومحكمة الاستئناف المختطة من أنه إذا اشترطت مصلحة السكك الحديدية تحديد مسئوليتها في مبلغ معين في حال ضياع البضاعة المشحونة ، فإن هذا الشرط لا يسرى في مسئولية هذه المصلحة مسئولية تقديرية عن عمالها أو عن الغير (استئناف وطني في ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ م ٢٤٥ - وفي ٧٥ يوليو سنة ١٩٢٢ المجموعة ٢ م ٤٨٠ - استئناف مختلط في ١٥ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ م ٣٢٠ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ م ٩٨ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ م ٤٥ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٤٧٤ - وفي ٨ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٧ م ٤٣٤ - وانظر عكس ذلك استئناف وطني في ٢ مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة ٣ م ٢٩ - استئناف مختلط في ٢٣ ديسمبر ١٩٤٣ م ٥٦ م ٢٦) .

وقد قضت محكمة استئناف الاسكندرية الوطنية أخيراً بجواز الخيرة ما بين المسئولين ، إذ قررت أنه لا شبهة . . . في التزام الناقل ضماناً بسلامة الراكب إلى الجهة الصادق على النقل إليها ، لأن هذا الالتزام هو أول مميزات هذا النوع من الصادق . . . وأن مؤدعه الأخذ بهذا النظر الاستناد في طلب التوضيح إلى أحد الأساسين ، المسئولية التقديرية أو المسئولية الصادقة ، حسبما ينشئ لطالب التوضيح . فإنما تضمنت وسائله عن إثبات عناصر الأولى أمكن الاستناد إلى الثانية عند توافر أركانها (استئناف الاسكندرية في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المجموعة ٣٠ رقم ٢٧٦ م ٥٠١) - ويلاحظ أن المحكمة لم تكن في حاجة إلى القول في هذه القضية بجواز الخيرة بين المسئولين ، فإن الخيرة إنما تظهر قائمتها في الانتقال من المسئولية التقديرية إلى المسئولية التقصيرية . أما هنا فقد انقضت المحكمة من المسئولية التقديرية إلى المسئولية التقديرية ، وكان يكفيها أن تقرر أن عقد النقل يعني التزاماً عقدياً بضمان سلامة الراكب يستلزم أن يستند إليه المؤمن في مطالبة المدين بإثبات أنه قد وفى بهذا الالتزام .

أما محكمة النقض فلم تحت حتى الآن في هذه المسألة بقضاء لحسم . فقد أخذت في قضية بالمسئولية =

فحين نأخذ بالرأى الذى يقول بالأخيرة للدائن ، وليس له إلا دعوى للمسئولية العقدية .

== العقدية ، ولكلها لم تذكر أنها استبعدت المسئولية التصيرية لقيام المسئولية العقدية ، وهذا هو ما قضت به : « ليس لرب العمل أن يستغل بما من شأنه أن يزيد في أخطار العمل الذى استخدم العامل لأدائه . فإن هو فضل صح اعتباره بخلافه بدلاً من استخدام لاختلال يصلح أساساً لمسئولته . ولما كان الثابت في المحكم أن عقد استخدام ملاهى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيد أنه معترف بتأجيرها لدولة بحارية ، وأن هؤلاء الملاحين لم يحملوا علماً بهذا التأجير ، وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد في أخطار عملهم ، فلا مخالفة للقانون إذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيام الطاعن بهذا التأجير فيه خطأ من جانبه في حق عمله . هذا وإذا كانت المحكمة المذكورة قد رتب على هذا الخطأ مسئولية الطاعن عن فقد ملاهى السفينة على اعتبار أن هذا الفقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فإن رأينا في ذلك إنما هو رأى في مسألة واقعية فلا تعلقه بحكمة النفس أن تراه . ومن استقام المحكم على أساس قواعد المسئولية العقدية ، كان ماورد فيه خاصاً بتطبيق أحكام قانون التجارة البحرية تزييداً ، وكان ما جاء في العطن منصباً عليه غير منتج (نفس مدنى في ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٠ من ٥٥٣) .

وأي قضية أخرى يبدو أن محكمة النفس لا تأبى أن تقوم التمييز على أساس كل من المسئولين ، فقد قضت بأنه « ما دام المحكم قد أقام مسئولية المحكوم عليه بالتبويض على كلا الأساسين : القصد والقصر الضار ، فإنه لا نكون به حاجة إلى تطبيق المادة ١٢٠ من التقنين المدنى (القديم) التى تنص على أن الضامينات لا تستحق إلا بعد تكليف المتهمة بالوفاء تكليفاً رسمياً ، إذ هذه المادة لا تنطبق على المسئولية عن الأفعال الضارة وإذا أن الإعفاء الذى تنص عليه غير لازم في حالة المسئولية العقدية عند الإخلال بالتزام سلبى (نفس مدنى في أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ من ٥١٣) .

وأما الفقه في مصر فنقسم . فنرى الفقهاء من يقول بجواز الجزية (مصطفى مرعى في المسئولية المدنية فقرة ٢٨ [حسين عامر في القوة للزعة للقد فقرة ٢٦٠ - فقرة ٢٦٥ - وقرة ٣٣١ - ٣٤٣ - ومع ذلك يقول بعدم الجزية (إلا في استثناءات) في مؤلف تال في المسئولية المدنية فقرة ٩٦١ - فقرة ١٦٥] - وقد كنا نقول بنفك في الموجز فقرة (٣٠١) . ولكن أكثر الفقهاء يقولون بتخصر الدائن على المسئولية العقدية (الدكتور سليمان مرقس في الفصل الضار من ٢٤ - ٢٥ - [وفي المصادر بند ٣٧٠ حيث لا يميز الجمع بين المسئولين ولو كان الجمع على سبيل التوالى على سبيل الاقتران - كما يرى أن عدم الجزية أولى بالاتباع - فقرة ٣٧١ من ٤٨٥ - وفي دروسه في الدكتوراه بند ٣٦ و ٣٧ من ٥٠) - عبد الحمى حجازى - مصادر الالتزام من ٤٢٨ - ٤٣١ - وموجز النظرية العامة للالتزام (المصادر غير الإرادية طبعة ١٩٦٣) من ٦ بند ٦ - حشمت أبو ستيت بند ٤١٨ و ٤١٩ من ٣٩٢ - ٣٩٣] .

[وانظر محمد كامل مرسى في الالتزامات ج ٢ فقرة ١٦ - وقرب : أنور سلطان بند ٤١٠ من ٤٦٦ حيث يرى عدم إمكان الجمع بين المسئولين ومن ٤٦٨ حيث يرى أن جواز أو عدم جواز الجزية يتوقف على ما اتفق عليه التماققان . فإذا لم يكن هناك اتفاق فلا يجوز الجزية أى لا يجوز الالتئام للمساءلة المسئولية التصيرية حيث يكون هناك عقد - وانظر عبد التئم الصدة بند ٤١٠ من ٤٤٤ و ٤٤٥ - حيث يستبعد الجزية كما يستبعد الجمع بين المسئولين] .

ذلك أن الالتزام العقدي الذي صار للدين مسئولاً عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً في ذاته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يحم به ، لم يكن مسئولاً عن ذلك ، لا مسئولية عقدية لأن العقد لما يبرم ، ولا مسئولية تقصيرية إذ لا خطأ في عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فإذا أبرم العقد ، قام الالتزام في الحدود التي رسمها هذا العقد ، وهي حدود لا تقترب عليها إلا المسئولية العقدية . وليس للدائن أن يلجأ إلى المسئولية التقصيرية ، إذ هي تفترض أن اللذين قد أخل بالزام فرضه القانون . والالتزام في حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد . ويبين من ذلك أن الأخيرة لا تكون إلا في الزام فرضه العقد والقانون معاً . فأمين النقل إذا سرق البضاعة التي ينقلها يكون قد أخل بالزامه العقدي الناشئ من عقد النقل ، فتتحقق مسئوليته العقدية . ويكون في الوقت ذاته قد أخل بالزامه القانوني الذي يحرم عليه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل . فتتحقق مسئوليته التقصيرية . وللدائن أن يختار بين هاتين المسئوليتين .

وقد يبدو أن القول بعدم جواز الأخيرة يضيع على الدائن في بعض الحالات حقه العادل في التعويض . فشرط الإغناء من المسئولية الذي تتضمنه عادة عقود النقل كاف لدفع المسئولية العقدية ، وقيام هذه المسئولية كاف بدوره لمنع المسئولية التقصيرية . فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية العقدية لوجود شرط الإغناء . ولا بالمسئولية التقصيرية لوجود عقد النقل . ولمسكن هذه النتيجة هي التي أرادها المتعاقدان . وما لم يكن عقد النقل عقد إذعان — كما هو الغالب — حيث يعتبر شرط الإغناء شرطاً تعسفياً يجوز للقاضي إلغاؤه أو تعديله ، فإنه يجب النزول على إرادة المتعاقدين^(١) .

* * *

§ ٤ — تطور المسئولية التقصيرية

٥١٦ — تاريخ هذا التطور هو توسع مستمر في المسئولية التقصيرية : وذهب الآن عند المسئولية التقصيرية . بعد أن ميزناها عن غيرها من أنواع المسئولية فيما تقدم .

(١) طرن للوزير للوفد قرة ٣٠١ .

ونستعرض في إيجاز تاريخ تطورها^(١).

ويمكن القول بوجه عام إن تاريخ تطور المسؤولية التقصيرية هو تاريخ توسع مستمر في هذه المسؤولية.

فمن حالات معينة محدودة لا تتحقق المسؤولية إلا فيها . إلى توسع تدريجي في هذه الحالات ، إلى شمول وصل بالمسؤولية التقصيرية إلى أن تكون قاعدة عامة . وهذا ما وصل إليه التطور في القانون الفرنسي القديم . وانتقل منه إلى التفتين الفرنسي في سنة ١٨٠٤ .

ومنذ التفتين الفرنسي أخذت القاعدة العامة ذاتها تتطور . فهي قد قامت على فكرة جوهرية هي فكرة الخطأ (faute) . ثم أخذت هذه الفكرة تنقل بفعل أن كان الخطأ لا بد من إثباته ، قامت حالات صار الخطأ فيها مفروضاً . وها نحن نشهد في الوقت الحاضر فكرة تحمل التبعة (risque) تقوم إلى جانب فكرة الخطأ ثابتاً كان أو مفروضاً . فليست عرض هذا التطور ، منذ القانون الروماني إلى عصرنا الحاضر ، استعراضاً سريعاً .

٥١٧ — القانون الروماني : تتميز نظرية المسؤولية التقصيرية في القانون الروماني

بخصائص ثلاث :

أولاً — لم تكن هناك قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض . بل كانت هناك أعمال معينة تحددها النصوص القانونية هي وحدها التي ترتب المسؤولية . ذلك أن المسؤولية التقصيرية كانت في القديم متروكة إلى الأخذ بالتأثر ، ثم انتقلت إلى الدية الاختيارية ، ثم إلى الدية الإجبارية ، ثم إلى العقوبة منذ استقر تدخل الدولة لإقرار الأمن

(١) انظر في تطور فكرة المسؤولية : مارتى ورينو ج ٢ بند ٣٥٨ ويند ٣٦٩ — والمراجع التي أشار إليها المؤلفان — حمت أبو سميت بند ٤٢٠ ص ٣٩٣ — سليمان مرقس دروس الدكتوراه ص ٥٢ بند ٣٨ — ومصادر الالتزام بند ٣٧٢ ص ٤٨٦ — أنور سلطان ص ٤٦٩ بند ٤١١ وما بعده — عبد النعم الصدة ص ٤٤٦ بند ٤١١ وما بعده — عبد الحى حجازى موجز النظرية العامة للالتزام (المصادر غير الإرادية) طبعة ١٩٦٣ ص ٧ بند ٧ .

والنظام . ومن ثم كانت الأعمال التي تستوجب تدخل الدولة محدودة محصورة لا تنظمها قاعدة عامة . على أن هذه الأعمال أخذ عددها يزيد بالتدرج في خلال القرون ، وأخذ كل عمل ينسج نطاقه . وأهم مثل لذلك الجريمة التي كان قانون أكيليا (Aquilie) ينص عليها . فقد كانت هذه الجريمة محددة تعديداً ضيقاً ، فلا تشمل إلا بعض أنواع التلف التي تقع على بعض الأشياء . ثم اتسع نطاقها بالتدرج حتى شمل كل أنواع التلف وحتى عم جميع الأشياء ، على أن يكون كل من العمل والتلف مادياً وأن يكون الشيء الذي يقع عليه التلف مادياً وأن يقع التلف على ذات الشيء (corpore corpori) . فإذا كان العمل الذي وقع عليه الشيء غير مادي ، كإحداث صوت يندعر من سماعه حيوان فيجفل ، أو وقع عمل مادي على الشيء ، ولكن لم يصبه بتلف مادي ، كإطلاق حيوان من عقاله فيهرب ، كانت شروط الجريمة غير متوافرة . ثم تحلت الجريمة من هذه القيود اللادية ، ولكن بقيت شروط أخرى ، ولم يصل الرومان إلى التعميم الكامل . وتلى هذه الجريمة في التعميم جريمة الفش (fals) . وتلى ذلك أعمال ألحقت بالجرائم (quasi delits) فأصبحت ترتب المسؤولية على غرارها . ولكن الرومان لم يصلوا في وقت ما إلى وضع قاعدة عامة تجعل كل خطأ يحدث ضرراً يوجب التعويض .

ثانياً — ولم يكن جزاء هذه الأعمال المحددة التي ترتب المسؤولية تتمتع تعويضاً مدنياً . بل إن فكرة العقوبة الجنائية بقيت تتخلل فكرة التعويض المدني كأثر من آثار الماضي وقت الأخذ بالتأثر ودفع الدية .

ثالثاً — ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسئولية إلا بالتدرج . فلم يكن الخطأ في بادئ الأمر مشتركاً . بل كان الضرر هو الشرط البارز . ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئاً فشيئاً . أما في الأعمال التدليسية أي الفش فإن فكرة الخطأ ظهرت بوضوح حتى استنفرت فكرة الضرر .

المتعاقبة ونحت تأثير القانون العكسي ، الفصل في تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ، ثم في تمييز المسئولية التصيرية عن المسئولية العقابية . والغريب أن قضاء القانون الفرنسى القديم فعلوا ذلك ، في بعض منه ، عن طريق تفسير القانون الرومانى تفسيراً خاطئاً ، فإن هذا القانون لم يصل فى أبعد مدى من تطوره إلى هذا التمييز على نحو واضح . ونستعرض الخصائص الثلاث التى أبتناها للقانون الرومانى لنترى ماذا صارت إليه فى القانون الفرنسى القديم .

أولاً — انتهت القاعدة العامة فى المسئولية التصيرية إلى أن توضع وضماً وانحاً صريحاً . وضماً دوماً (Domest) أكبر قبه فى القانون الفرنسى القديم ، فى كتابه المعروف « القوانين المدنية (Lois civiles) على النحو الآتى : « كل الخسائر والأضرار التى تقع بفعل شخص ، سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل بما تنبئ معرفته أو أى خطأ مماثل ، مهما كان هذا الخطأ بسيطاً . يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطؤه سبباً فى وقوعها^(١) .

ثانياً — وتخص جزء المسئولية تعويضاً مدنياً لا تتدخله فكرة العقوبة الجنائية ، على الأقل فيما يتعلق بالضرر الذى يقع على المال . أما الضرر الذى يقع على النفس أو الشرف فبقى الجزاء عليه يحمل أثراً من فكرة العقوبة ، يتمثل فى أن دعوى التعويض تنقل بموت الماتن لا إلى ورثته بل إلى أقاربه الأدين إذ هم أصحاب النار .

ثالثاً — وظهرت فكرة الخطأ واضحة وضوحاً تاماً كأساس للمسئولية التصيرية . بل إن الخطأ العقدي ميز تمييزاً واضحاً عن الخطأ التصيرى وعن الخطأ الجنائى كما تقدم القول . وهذا ما يقوله دوماً فى هذا الصدد : « يمكن التمييز ، فى الخطأ الذى يكون من شأنه أن يحدث ضرراً ، بين أنواع ثلاثة : خطأ يتعلق بيمينية أو بيمينية — وخطأ يرتكبه

(١) "Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelques personnes, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu".

الشخص الذى يخل بالتزاماته العقدية ، كما إذا لم يسلم البائع الشيء للبيع أو لم يتم المشتري بالتزامات التى التزم بها — وخطأ لا علاقة له بالقود ولا يتصل بجناية أو مجنحة ، كما إذا أتى شخص عن رغبة شيئاً من النافذة فأنتقلت ملابس (أحد اللارة) ، وكما إذا أحدث حيوان ضرراً وكانت حراسته غير محكمة ، وكما إذا أشعل شخص حريقاً عن تقصير منه ، وكما إذا أكل بناء إلى السقوط بسبب عدم ترميمه فوقع على بناء آخر وأحدث به ضرراً^(١).

٥١٩ - التقنين المرنى الفرنسى : وقد ظهرت هذه الخصائص الثلاث بوضوح فى التقنين اللدى الفرنسى . فقد صارت المسئولية التقصيرية فى هذا التقنين قاعدة عامة ، وتميزت عن المسئولية الجنائية ، وقامت على أساس الخطأ .

وقد نصت المادة ١٣٨٢ من هذا التقنين على أن « كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه » . ثم نصت المادة ١٣٨٣ على ما يأتى : « كل شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه لا بفعله فحسب ، بل أيضاً بإهماله أو بعدم تبصره » . ويبدو أن واضعى التقنين الفرنسى قصدوا النهى على الأعمال العمدية فى المادة ١٣٨٢ ، وخصصوا المادة ١٣٨٣ للأعمال غير العمدية من إهمال أو عدم تبصر . ولكن نص المادة ١٣٨٢ فيما ورد به من عموم لا يحتمل هذا التحديد ، بل هو شامل لجميع الأخطاء التى تترتب عليها المسئولية التقصيرية ، عمدية كانت أو غير عمدية .

ثم انتقل واضعو التقنين الفرنسى من المسئولية الشخصية إلى المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء . وهذه أيضاً أقاموها على فكرة الخطأ . فنصت المواد ١٣٨٤ - ١٣٨٦

(١) « On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelques dommages : celles qui vont à un crime ou à un délit ; celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue, un locataire qui ne fait pas les réparations dont il est tenu ; et celles qui n'ont pas de rapport aux conventions et qui ne vont pas à un crime ni à un délit, comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre qui gâte un habit, si des animaux mal gardés font quelque dommage, si on cause un incendie par imprudence, si un bâtiment qui menace ruine, n'étant pas réparé, tombe sur un autre et y fait des dommages ».

على المسئولية عن الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة ، ومسئولية التبوع عن التابع ، والمسئولية عن الحيوان ، والمسئولية عن البناء . وفي كل هذه النصوص لم يردوا ضمو التقنين الفرنسى أكثر من تطبيق مبدأ الخطأ على حالات معينة ، هي الحالات التى يسأل فيها الشخص لاعتبار عمل صدر منه شخصياً ، بل عن عمل أتى به آخر فى رقابته أو حدث من شيء تحت يده . ولكن مسئوليته فى كل هذه الحالات تقوم على خطأ منسوب إليه شخصياً ، فقد قصر فى رقابة الغير أو أهمل فى حراسة الشيء .

٥٢٠ — تطور المسئولية التقصيرية منذ التقنين المرفى الفرنسى — نظرية تحمل التبعة (risque) : وقد تطورت المسئولية التقصيرية منذ صدور التقنين الفرنسى تطوراً عميقاً . ودار تطورها حول فكرة الخطأ . فأخذت هذه الفكرة تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفى فى بعض الحالات . تارة تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس . وطوراً تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، بل حتى اختفت تماماً وأخلت مكانها لنظرية تحمل التبعة (risque) . وكان الفقه هو الرائد لهذا التطور . أمسك زمامه فى يده ، وسبق إليه القضاء . وسار القضاء وراء الفقه بخطوات مترددة ، ولم يشأ أن يسير الشوط إلى نهايته ، فوقف عند الخطأ المفروض ، ولم يجاوزه إلى مسئولية لا تقوم على خطأ أصلاً بل على محض تحمل التبعة .

وتفضل ما أجملاه :

كان لتطور الاقتصادى السريع منذ القرن التاسع عشر أكبر الأثر فى تطور نظريات للمسئولية التقصيرية . فقد تقدمت الصناعة تقدماً عظيماً باستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل . ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر الكامن فى استعمال هذه المخترعات أقرب احتمالاً وأكثر تحقّقاً مما كان عليه الأمر فى الماضى . فماد ركن الضرر فى المسئولية التقصيرية إلى البروز حتى كاد ينطى على ركن الخطأ . وبدأ تطور المسئولية يرجع إلى نقطة الابتداء حيث كان الميار مادياً لا شخصياً .

وكان الفقه أول من استجاب لهذا التطور ، متأثراً بإماملين : أولها على هو ما نشرته المدرسة الوضعية (école positiviste) الإيطالية برظمة فرى (Forri) من وجوب التحويل على الناحية الموضوعية لا على الناحية القانونية ، حتى في المجرم نفسه ، فيما قبل لا بالنظر لما يستحقه لشخصه ، بل بالنظر لما تقتضيه حماية المجتمع . وإذا أمكن القول بالنظرية الموضوعية في القانون الجنائي ، فأولى بالقانون المدني أن يكون المبدأان الخصب لهذه النظرية . والعامل الثاني على ، يرجع إلى ازدياد مخاطر العمل زيادة كبيرة من شأنها أن تجعل عسيراً على العامل في الكثرة الثالبة من الأحوال أن يثبت الخطأ في جانب رب العمل حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض .

حاول الفقه في البدء أن يبالغ الأمر عن طريق الاحتيال على بعض نصوص التصديق المدني الفرنسي . فشبّه الآلات بالبناء ، وما دام يكفي في البناء إثبات العيب حتى يكون صاحبه مسئولاً . كذلك الآلات إذا أثبت العامل عيباً فيها كان رب العمل مسئولاً عما تحدثه الآلات للمعية من الضرر . ولكن تيسير الإثبات على هذا النحو لم يكن كافياً . فإن الصعوبة في إثبات العيب في الآلة تكاد لا تقل عن الصعوبة في إثبات الخطأ في جانب رب العمل . ثم لجأ الفقه إلى طريقة أخرى ، فجعل رب العمل مسئولاً مسؤولية عقدية عن سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته . ولكن القضاء لم يملش الفقه في استخلاص التزام من عقد العمل بضمان سلامة العامل .

ومذ رأى الفقه أن هذه المحاولات لم تجد نصراً . واجه الصعوبة من طريق مباشر . فنأدى بأنه ليس من الضروري أن يكون الخطأ أساساً للمسئولية التصهيرية ، ويجوز أن تقوم هذه للمسئولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة الضرر وتحمل تبعته . وهذه هي نظرية تحمل التبعة . فن خلق تبعات يفيد من منافعها ، وجب عليه أن يحمل عبء منافعها . وقد قام على رأس الفقهاء ، ينادى بهذه النظرية ، سالى وجوسران ، وبنياها على تفسير جديد مجوز للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٤ من التقنين المدني الفرنسي . فذهبوا إلى أن المشرع الفرنسي لا يشترط ركن الخطأ في المادة ١٣٨٢ إذ يقول : « كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالتعبير »

« Tout fait quelque chose de l'homme qui cause à autrui un dommage »
 وأنه رسم قاعدة عامة في المسؤولية عن الأشياء في الفترة الأولى من الـ ١٧٨٤. إذ يقول :
 « يكون الشخص مسئولاً ... عن الضرر ... الذي يحدث بفعل الأشياء التي هي في
 حراسته » . « On est responsable... du dommage... qui est causé par le »
 « fait des choses que l'on a sous sa garde »
 وحدها ، بعد تحويرها هذا التحوير الذي لم يخطر ببال المشرع الفرنسي وقت وضع القانون ،
 بل اعتمدوا فوق ذلك على صياغة نظرية قديمة كاملة أسموها « نظرية تحمل التبعات
 المستعثة » (théorie des risques créés) أو النظرية الموضوعية (théorie objective)
 يبالغون بها النظرية الشخصية (théorie subjective) التي تقوم على فكرة الخطأ . وقالوا
 إن النظرية الشخصية لم تعد تتفق لا مع المنطق ولا مع التطور الاقتصادي . فهي أولاً
 تصطدم مع المنطق ، فمذا الغضبت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية ، وأصبح التعويض
 المدني لا دخل للمقوبة فيه ، لم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساساً للمسؤولية المدنية ،
 ويجب أن يكون أساس هذه المسؤولية الضرر الذي يستوجب التعويض ، لا الخطأ الذي
 يقتضى المقوبة . وهي بعد ذلك تصطدم مع التطور الاقتصادي ، وذلك منذ أصبحت المخترعات
 الحديثة مورد رزق كبير ومصدر خطر جسيم . فادام الشخص ينتفع بالشئ فن المدلل أن
 يحمل تبعته ، والغرم بالغم . وإذا كانت المسؤولية الشخصية تصلح في نظام اقتصادي يقوم
 على الزراعة . ففي نظام اقتصادي قوامه الصناعة لا تصلح إلا المسؤولية الموضوعية . فالواجب
 إذن في رأى هؤلاء الفقهاء هجر المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية الموضوعية ، أى هجر
 المسؤولية القائمة على خطأ ولو كان مفروضاً إلى المسؤولية المجردة عن أى خطأ . ويوجه
 هذا النظر أساس مقول يقوم على الاعتبار الآتى : يقع ضرر لا بخطأ من أحد ، فمن الذي
 يجب أن يتحمل هذا الضرر ؟ أيتحملة المضرور وهو الذي خضع لتبعة لم يكن له يد في
 إيجادها وليس هو الذي يفيد منها . أم يتحملة محدث الضرر وهو الذي أوجد هذه النتيجة
 وهو الذي يفيد منها ؟ أضف إلى ذلك أن العلاقات المدنية أصبحت الآن علاقات مالية

أكثر منها علاقات شخصية . وليس يرقى صاحب المصنع أن يحمل عن عماله عبء ما يصيبهم من ضرر . فإن هذا يدخل في مخاطر صنفته ، وهو أقدر من العامل على مواجهة هذه المخاطر ، وبحسبه أن يلجأ إلى التأمين لمصلحة عماله ، فإن ذلك لا يبهطه ، بل هو يحقق به معنى التضامن الاجتماعي . ومن هنا يمكن تحديد نطاق للنظرية الموضوعية : عمل كثير الأخطار ، كبير النفع ، يسهل التأمين في شأنه . هذه هي العناصر الثلاثة التي إذا اجتمعت جعلت تطبيق النظرية الموضوعية أمراً ميسوراً . لا عنت فيه ولا إرهاق .

والفرق الجوهرى ما بين المسئولية الشخصية والمسئولية الموضوعية هو أن الأولى تقوم على الخطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفروضاً . ولو كان هذا القرض غير قابل لإثبات العكس . فأساس المسئولية الخطأ لا الضرر ، والمسئول هو الحارس لا المنتفع . أما المسئولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ ، والمسئول هو المنتفع لا الحارس . ويترتب على ذلك أن للدين في المسئولية الشخصية ، إذا كانت المسئولية قائمة على خطأ واجب الإثبات ، يستطيع أن يدفعها عن نفسه إذا عجز الدائن عن إثبات خطأ في جانبه . فإذا كانت المسئولية قائمة على خطأ مفروض فرضاً يقبل إثبات العكس . استطاع أن يدفعها بإثبات أنه لم يخطئ . فإن كان فرض الخطأ لا يقبل إثبات العكس ، استطاع الدين أن يدفع المسئولية بإثباته السبب الأجنبي . فالدين يستطيع دائماً أن يدفع المسئولية الشخصية عن نفسه ، إما بنفى الخطأ في ذاته ، وإما بنفيه كسبب للضرر الذى وقع . أما المسئول في المسئولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسئولية حتى لو نفى الخطأ . وحتى لو أثبت السبب الأجنبي . فبإدام الضرر قد وقع من جراء نشاطه . ولو بنفى خطأ منه ، فهو المسئول عنه .

هذا هو ما انتهى إليه فقهاء النظرية الموضوعية في أوج انتشارها . ولكن ما لبث الفقهاء أن تحول عنها شيئاً فشيئاً . ووجد غناء في نظرية الخطأ المفروض . ولم يبق ثابِتاً على النظرية في معناها الواسع الشامل إلا قلة من الفقهاء . فيهم جوسران وديموج وسافاتييه . وكان السبب في وقوف الفقهاء عن المضي في النظرية للموضوعية موقف كل من التشريع والقضاء في فرنسا .

أما التشريع الفرنسى فقد حدد نطاقاً ضيقاً للنظرية الموضوعية . ونرى بيدا عن أن يأخذ بها كقاعدة عامة . فقد اقتصر على الأخذ بها فى بعض نواحي النشاط وما يتولد منها من تبعات . أخذ بها فى تبعات الحرفة (risque professionnel) ولذلك فى تشريع العمال الذى صدر فى سنة ١٨٩٨ ، ثم امتد بقوانين متعاقبة من الصناعة إلى التجارة ، ثم إلى الزراعة ، ثم إلى الخدمة المنزلية . وأدجت كل هذه القوانين فى تشريع موحد صدر فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، ثم فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ . والتشريع يرتب للمسئولية على غمط العمل ، فإذا أصيب العامل بضرر فى أثناء عمله أو بمناسبة هذا العمل . حكم له بتعويض جزائى (forfaitaire) لا يصل إلى التعويض الكامل . ولا تنفى المسئولية عن رب العمل حتى لو أثبت الحادث التجائى أو خطأ الضرور أو عمل الغير ، وإنما تنفى بإثبات القوة القاهرة . وأخذ المشرع الفرنسى بالمسئولية الموضوعية أيضاً فى « تبعات الطيران » (risque de navigation aérienne) ، فقد صدر تشريع فى سنة ١٩٢٤ يحمل المنفع بالطيارة مسئولاً عن كل ما تحدثه طيارته من أضرار . ولا تنفى المسئولية حتى لو أثبت المسئول القوة القاهرة أو الحادث التجائى أو عمل الغير ، وإنما تنفى بإثبات خطأ الضرور . وأخذ المشرع الفرنسى بالمسئولية الموضوعية أيضاً فى « تبعات التضامن الاجتماعى » (risque social) . من ذلك أن تشريعاً صدر فى سنة ١٨٩٥ يحمل الدولة مسئولة عن تعويض المحكوم عليه فى جنحة أو جناية فى الأحوال التى يجوز له فيها طلب مراجعة القضية (demande en révision) ويثبت عند المراجعة أنه براء (أنظر المادة ٤٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى) . وهذه مسئولية موضوعية عن تبعات الأخطاء القضائية (erreurs judiciaires) . ومن ذلك أيضاً أن تشريعاً صدر فى سنة ١٩١٩ وآخر فى سنة ١٩٢١ يوجبان تعويض ضحايا الحرب وضحايا مصانع الذخيرة فى أحوال معينة . وهذه مسئولية موضوعية عن تبعات الدفاع الوطنى (défense nationale) . ولا يزال أنصار المسئولية الموضوعية ينظرون إلى هذه القوانين المختلفة فى كثير من التناؤل . فهذه تبعات الحرفة ، وتبعات الطيران ، وتبعات التضامن الاجتماعى ، قد رتب

للبيع للمسئولية عليها جميعاً . فليس يبدأ أن يرتب للمسئولية بعد ذلك على « تبعات
لللكية » (risque de propriété) . ثم على تبعات النشاط بوجه عام (risque d'activité)
حتى يستكمل بذلك جميع الصور في « تبعات الخطر المستحدث » (risque créé) .
ولكننا لا تزال بميدن كثيراً في ميدان التشريع عن استغراق كل هذه الصور . بل إن
أم صورة فيها ، وهي صورة تبعات الحرفة ، ليست تسجيلاً كاملاً للمسئولية الموضوعية
ما دام الضرور لا ينال تعويضاً شاملاً عن كل ما لحقه من الضرر . ثم إن المشرع الفرنسي
قد أصدر ، من جهة أخرى ، تشريعات هي نقي صريح للمسئولية الموضوعية ، بل ورجوع
عن الخطأ للفروض إلى الخطأ الواجب الإثبات^(١) .

وأما القضاء الفرنسي فلم يسلم للمسئولية الموضوعية . بل هو يشترط دائماً أن تقوم
للمسئولية على الخطأ . ولكنه سار شوطاً بعيداً في جعل هذا الخطأ مفروضاً في أحوال
كثيرة . وسرى ذلك تفصيلاً عند الكلام في للمسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء .
واستعان القضاء الفرنسي . إلى جانب الخطأ للفروض في للمسئولية التصديرية . بالمسئولية
العقدية في بعض الحالات ، وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة (obligation
de sécurité) في بعض العقود وبخاصة في عقد النقل . ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء
الفرنسي ثبت على فكرة الخطأ أساساً للمسئولية التصديرية ، ولم يحد عن ذلك إلى نظرية
تحمل التبعة . وهو مع ذلك قد وصل إلى كثير من التنازع العملية التي تقول بها أنصار
المسئولية الموضوعية . وذلك عن طريق الخطأ للفروض .

(١) من ذلك قانون ٥ أبريل ١٩٣٧ وعلق بمسئولية المعلن عن غلاميدم ، وقد ألغى به قانون
٢٠ يولية سنة ١٩٨٩ . وقد استبقى هذا القانون مسئولية الدولة كاتمة مكان مسئولية المعلن ، ولكنه
طلب لتعقبي هذه المسئولية إثبات خطأ في جانب المعلن بعد أن كان هذا الخطأ مفروضاً .

ومن ذلك أيضاً قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ يستثنى فيه من المادة ١٣٨٤ — بعد أن سلم أن هذه
المادة تنظم المسئولية عن الأشياء على خطأ مقروض — حالة الحريق ، فجعل المسئولية فيها تقوم على خطأ
واجب الإثبات .

الميسر^(١) ، قد قطع في عدم الأخذ بها . وأعلنت محكمة النقض هذا في عبارات واضحة صريحة^(٢) .

٥٢٢ — المسؤولية التقصيرية في التقنين المصري الجديد : كان التقنين المصري القديم قد ألزم الإيجاز التام في النصوص التي أوردها في المسؤولية التقصيرية . على النحو الذي رأيناه فيما تقدم . أما التقنين الجديد فقد أورد ، في هذا الموضوع الكبير الأهمية ، عدداً غير قليل من النصوص ، عالج فيها العيوب الجسيمة التي كانت تشوب نصوص التقنين القديم^(٣) .

(١) انظر في هذا الأحكام الموجز في النظرية العامة للالتزامات المؤلف من ٣٨٣ هامش رقم ٢ . وانظر بنوع خاص : محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ الجمعية الرسمية ٢٨ رقم ٥٩ — محكمة الزقاقين الكلية في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحللة ١٠ رقم ٨٨ من ١٦٩ — محكمة مصر الكلية المختلة في ١٧ يولية سنة ١٩٢٩ المحللة ٢٠ رقم ١٨٨ من ١٩٥ .

(٢) وهذا ماخضت به محكمة النقض : « إن القانون المصري لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسئولاً عن غلط ملكه التي لا يلبسها شيء من التقصير ، بل لأن هذا النوع من المسؤولية يرفضه الشارع المصري بقاءً ، فلا يجوز للقاضي اعتدأ على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أن يرتبه على اعتبار أن المصلحة يسببه ، إذ أن هذه المادة لا يصح الرجوع إليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضحه لأحكام صريحة فيه جامعة مانعة . وإن كان الحكم الذي يوجب مسؤولية الحكومة مدنياً عما يحدث لعمال على نظرية مسؤولية غلط الملك التي لا تقصر فيها والمسؤولية الشبكية يكون قد أنشأ نوعاً من المسؤولية لم يقرره الشارع ولم يرد ، ويكون إذن قد خالف القانون ويتعين نقضه » (نقض مدني في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمراً من ١٤٨٥) . وانظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحللة ٢١ رقم ٣٢٨ من ٧٤٥ — استئناف مخطوط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ من ١٥٤ — وفي ٢٢ أبريل ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٨١ — وفي ١٠ مارس ١٩٤٩ م ٦١ من ١٠٩ (تحمل النتيجة الاجتماعية) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « بالغ التقنين السابق في التزام الإيجاز بصدد الأحكام الخاصة بالعمل النير للمفروع . وليس يخلو هذا الوضع من شيء من الغرابة . ولا سيما إذا روعي أن أحكام المسؤولية التقصيرية قد أصابت منذ صدور التقنين المدني الفرنسي ، وبوجه خاص منذ صدور التقييدات الصنعية ، من بسطة النطاق ما يؤهلها لأن تشغل في تقنين مصري مكاناً لا يباين في أهميته ما أورد لها حتى اليوم . وقد عرض للمفروع لأحكام السبل غير المفروع في قسيتين رئيسيتين . أورد أولها للمسؤولية عن الأعمال الشخصية ، وهي المسؤلة العامة أصلاً ، وقوامها إثبات الخطأ . أما القسم الثاني فقد جمعت فيه أحوال المسؤولية عن عمل النير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء ، =

وبين من النصوص التي أوردها التقنين الجديد أمران :

أولاً — أن هذا التقنين لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة . وقد أحسن في ذلك صاحب
إذ يجب في هذا الصدد أن يملك المشرع المصرى الطريق الذى سبقه إليه المشرع الفرنسى ،
فيصدر تشريعات خاصة في مسائل معينة يقتضى التطور الاقتصادى أن يؤخذ فيها بنظرية
تحمل التبعة . فيأخذ بها في هذه التشريعات إلى حد معقول . وهذا هو النهج الذى سار
عليه المشرع المصرى فلما . متمشياً في ذلك مع مقتضيات الظروف الاقتصادية للبلاد^(١) .

== وفى أحوال تقوم فيها المسئولية على اقتراض الحظا . وقد استهل للفروع القسم الأول بالتاعدة الأساسية
في المسئولية من الخطأ التابت ، فأقرها في نص واضح موجز اقتبس من للفروع الفرنسى الإيطالى .
والواقع أن التقنينات اللاتينية ، في هذه الناحية ، أرقى في صياغتها التشريعية من التقنين الألمانى . فهذا
التقنين ، بدلا من أن يضع مبدأ تطوى في عمومى جميع التطبيقات التفصيلية لخطأ الشخصى ، يبدأ بملامة
من النصوص تعرض لحالات خاصة ، ومن هذه الحالات يستخلص المبدأ العام . ومنه هنا يجرب من
منعقب القانون الإنجليزى . ولكنه أخلق بنظام قانونى يقوم على أحكام القضاء ، وعلى التطبيق في المسائل
الضرفية ، منه بتقنين يقصد به إلى تقرير مبادئ عامة . ولهذا الملة أعرضت عنه ذات التقنينات التي
درجت على استلها من التقنين الألمانى ، كتقنين الالتزامات الموبىرى والتقنين التماوى المعدل والتقنين
البولونى . (مجموعة الأعمال الضرفية ٢ ص ٣٥٠) .

(١) ومن أم هذه التشريعات الخاصة التي أصدرها المشرع المصرى ، وأخذ فيها بتحمل التبعة بالمعنى
المعقول ، نذكر ما يأتى :

١ — قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن إصابات العمل (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة
١٩٢٦) : ويقضى بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفى أثناء تأديته ، الحق في الحصول من صاحب
العمل على تعويض مقدّر في القانون بحسب جسامه الإصابة ، ولا يحق صاحب العمل من التعويض إلا إذا
أثبت أن العامل قد تعمد إصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود من
حائب العامل . ولا يجوز للعامل فيما يعلق بحوادث العمل أن يتصلك ضد رب العمل بأحكام أى قانون آخر
ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل . [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان
خطأ رب العمل الذى نشأ عنه الحادث فاحشاً ، فإنه يجوز للعامل المفروض الخدع بالتواعد العامة للمسئولية
التفسيرية دون التقيد بالجوء إلى قانون إصابات العمل (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة
أحكام النقض ٦ رقم ٣٢ ص ٢٤٩)] . وإذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل ، جاز
للعامل أن يطالب بمحقوقه رب العمل وشركة التأمين معاً متضامتين . وإذا كانت الإصابة الموجبة للتعويض
تقتضى قانوناً مسئولية شخص آخر خلاف رب العمل ، جاز للعامل أن يطالب بالتعويض من رب العمل أو
ذلك الشخص الآخر ويحل رب العمل الذى دفع التعويض عمل العامل في حقوقه قبل الشخص
للسؤل ، كما يحسم التعويض الذى يقضيه العامل فلما من الشخص للسؤل ، من التعويض المستحق له قبل رب ==

ثانياً : جل التفتين الجديد للمسئولية عن الأحمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات . أما المسؤولية عن عمل النهر والمسئولية الناشئة عن الأشياء فقد أقامها على خطأ مفروض .

ونحن نساير هذا الترتيب . فتبعت المسؤولية التقصيرية في فصلين :

(الفصل الأول) في المسؤولية عن الأعمال الشخصية .

(والفصل الثاني) في المسؤولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

== العمل ، وإذا دفعت شركة التأمين قيمة التعمير فلها تحمل عمل صاحب العمل في حقوقه . وقد فرض القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الإجباري على أصحاب الأعمال ، قضى على كل صاحب عمل أن يؤمن على حوائط العمل التي يلزم بالتعمير عنها طبقاً للقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ كما لمعنا) بشأن إصابات العمل ، ولا يجوز تحميل المال أى نصيب في تقلبات التأمين بأية طريقة كانت . [أما إذا وقع الضرر على غير عامل للصنع ويمثل من أحد عمال الصنع . فإن قانون إصابات العمل لا يسرى ، ويسرى القواعد العامة في المسؤولية (قنن مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ بموجبة أحكام التقضى رقم ٣ لسنة ١١٨ م ٦٨٩)] .

٢ — قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعمير من أمراض للهيئة : ويلحق أمراض للهيئة بإصابات العمل من حيث إلزام صاحب العمل بتعمير مقدر عن هذه الأمراض دون حاجة إلى إثبات خطئه ، ومن حيث فرض التأمين الإجباري من أصحاب الأعمال .

٣ — قانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعمير عن التلف الذى يصيب المباني والمصانع والمطامل والآلات الناتجة بسبب الحرب : وهو قانون مؤقت ، ويخصى للتعمير رأس مال يتكون من موارد متعددة ، أهمها ضريبة تجبى من التأمين بهذا القانون (فهو بمثابة تأمين إجباري) ويبلغ من الميزانية العامة معادل ١٢٠ يجمي من هذه الضريبة .

٤ — قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب : ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامتين بتعمير مقدر لئن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الريان وضباط اللوحة والهندسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل في السفينة) .

٥ — قانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الإرشاد ببناء الإسكندرية : ويقضى بمسئولية السفينة — فيما عدا حالة الخطأ الجسيم من اللرشد — عن كل هلاك أو ضرر يصيب سفينة الإرشاد أثناء عمليات الإرشاد ، ويقضى كذلك بتعمير اللرشد عند اضطراره لسفر مع السفينة بسبب سوء الأحوال الجوية أو بناء على طلب ربان السفينة .

الفصل الأول

المسئولية عن الأعمال الشخصية

٥٢٣ — مسؤولية تقوم على خطأ واجب المبررات : المسئولية عن الأعمال الشخصية أي عن عمل شخصي يصدر من المسئول نفسه ، هي مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فلتلطف هنا غير مفروض . بل يكلف الماثب إثباته في جانب المدعى . وهذه هي القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية ، لم يتعرف القانون عنها إلى مسئولية تقوم على خطأ مفروض إلا في حالات معينة حصرتها النصوص .

والمسئولية ، في قاعدتها العامة ، لما أركان إذا توافرت ترتبت على المسئولية آثارها . فعن تشكل في أركان المسئولية . ثم في آثار المسئولية .

الضلع الأول

أركان المسئولية التقصيرية

٥٢٤ — أركانها ثلاثة — تنص المادة ١٦٣ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض »^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه الخطأ بتعويض الضرر » . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلاً لفظياً فصارت مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد ، وأصبحت المادة ١٦٧ في المشروع النهائي . وقد وافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التقصيرية ٢ ص ٣٥٣ — ص ٣٥٦) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « تظهري المادة ٢٣٠ من المشروع (م ١٦٣ من القانون الجديد) في عبارة أكثر ما تكون إيجازاً ووضوحاً حكم المسئولية التقصيرية في عناصرها الثلاثة . فترتب الإلزام بالتعويض على (كل خطأ سبب ضرراً للغير) . فلا بد إذن من توافر خطأ وضرر ثم علاقة سببية تقوم بينهما » . (مجموعة الأعمال التقصيرية ٢ ص ٣٥٤) .

ويتبين من هذا النص أن للمسئولية التصيرية ، كالمسئولية العقدية ، لها أركان ثلاثة :
(١) انطلائاً (٢) الضرر (٣) علاقة السببية ما يبين الخطأ والضرر .
فتتكلم عن هذه الأركان الثلاثة تباعاً .

بالمبحث الأول

الخطأ (*)

(La faute)

٥٣٥ — مسألتاه : نحدد أولاً فكرة انطلائ الذي يوجب المسئولية التصيرية ، ثم
نستعرض تطبيقات مختلفة لهذه الفكرة .

== وتقابل المادة ١٦٣ من القانون الجديد المادة ١٥٦ من القانون الوطني القديم والمادة ٢١٢ من القانون
المختلط القديم . وهذا نص كل منها :

م ١٥١ من القانون الوطني القديم : « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض
الضرر ... »

م ٢١٢ من القانون المختلط القديم : « كل فعل يخالف لقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر
النشأ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنة أو لأي سبب آخر » .

وتقابل النص في التقنينات للدينه العربية الأخرى : السوري م ١٦٤ (مطابق) — الليبي م ١٦٦
(مطابق) — المراتي م ١٨٦ — ١٩٠ و ١٩٢ — ٢٠٤ (موافق) — اللبناني م ١٢١ — ١٢٣
(موافق) .

(*) ينظر المراجع : رولان (Rollin) في بعض ملاحظات على الالتزامات الناشئة من الجريمة وشبه
الجريمة بروكل سنة ١٩٢٧ — رانسير (Rutsaert) في أساس المسئولية غير العقدية بروكل سنة
١٩٣٠ — مارتون (Marton) في أساس المسئولية للدينه سنة ١٩٣٨ — [اهرنج : فكرة الخطأ في
القانون الخاص (ترجمة مولينار) — باريس ١٨٨٨] .

الرسائل : جرانغولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ — تيسير (Teissie) رسالة من لكس سنة
١٩٠١ — بلك (Bosc) رسالة من مونبليه سنة ١٩٠١ — كوهندي (Cohendi) رسالة من
ليون سنة ١٩١٠ — [ديجان (Degand) — رسالة من ليل ١٩١٢] — سافتييه رسالة من
بواتيه سنة ١٩١٦ — بترمييه (Bettremleux) رسالة من ليل سنة ١٩٢١ — ليجال (Legal)
رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — مينييه (Meignié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ — ولهم (Wilhem) ==

المطلب الأول

تحديد فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية

٥٣٦ — آراء مختلفة في تحديد فكرة الخطأ : تضاربت الآراء في تحديد معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية^(١). ونستعرض من هذه الآراء أكثرها ذوباً ، وهي أربعة :

فأرى شائع بين الفقهاء يقول إن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، أى العمل الضار المخالف للقانون^(٢). وهذا رأى لا يقدمنا كثيراً في تحديد معنى الخطأ ، إذ يبق أن

== رسالة من مونبليه سنة ١٩٢٨ — شميت (Schmidt) رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ — بران (Bren) رسالة من ليون سنة ١٩٣١ — ديران (Durand) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ — فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكل سنة ١٩٣٣ — فيره (Fairé) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ — جواتون (Joatton) رسالة من ليون سنة ١٩٣٣ — سلبان مرس رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ — ليمير (Lemaire) رسالة من إيل سنة ١٩٣٥ — ستارك (Starek) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ سبقت الإشارة إليها — هيسون (Husson) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ — [رابو (Rabut) رسالة من باريس سنة ١٩٤٦] .

للغلات : لمعامل ليني في المسؤولية والنفذ (المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٩ ص ٣٦١ و ص ٣٨٣) — جيني في تحمل الشبهة والمسئولية (المجلة القضائية سنة ١٩٠٢ ص ٨١٢) — بلانول في أساس للمسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ٢٧٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠) — جودمي (Gaudemet) تطور حديث في المسئولية المدنية (المجلة القضائية سنة ١٩٢٧ ص ٨٩٣) — إسنار في مبادئ المسئولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٥٨) وفي ثلاث مسائل في المسئولية المدنية (المجلة القضائية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧) — شونو (Chauveau) في مسائل المسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٣ ص ٣٠٦) — سافانيه في التواعد العامة في المسئولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٤٩) — مذكرة (لكليز) النائب العام لدى محكمة النقض البلجيكية (نقض ٤ يوليو ١٩٢٩) — باسيكرزى ١٩٢٩ — ١ — ٢٦١] .

(١) انظر في صعوبة تعريف الخطأ وفي بيان أسباب التضارب في تحديد معناه : مارتى وريتو ج ٢ بند ٣٩٧ ص ٣٨٥ — دي باج ج ٢ بند ٩٣٩ و ٩٤٠ — سلبان مرس : دروس لذكوتوار في المسئولية المدنية بند ٨٢ و ١٥٣ ومواشها — وانظر بياناً بالتعارف المختلفة لخطأ في رسالة رابو (Rabut) : فكرة الخطأ في القانون الخاص (باريس ١٩٤٨) ص ١٩٩ وما بعدها] .

(٢) انظر للادة ٢١٢ من القانون المختلط القديم ، وتقول : « كل فعل مخالف للقانون ... » وقد سبق ذكرها . [وانظر في تعريف الخطأ بأنه الفعل غير المشروع : تطبيقاً أيضاً (د. هـ) على حكم النقض البلجيكي الصادر في ١٦/١٢/١٩٢٠ — منشوراً في مجموعة الباسيكرزى البلجيكية سنة ١٩٢١ ==

نصف ما هي الأعمال التي تلحق ضرراً بالنهر. وينهى عنها القانون ، وإذا كانت هناك
نصوص تميز بعض هذه الأعمال فإن الكثرة الغالبة منها لم يرد فيها نص . فيكون طليقاً
أن نرسم لها ضوابط تميزها ، وهذا ما نتلسه فلا نجد في هذا الرأي .

ورأى ثان — قال به الأستاذ بلانيول — يعرف الخطأ بأنه هو الإخلال بالزام
سابق^(١) . يبقى هنا أيضاً أن نصف ما هي هذه الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ .
يحاول بلانيول أن يحصرها في أربعة : الامتناع عن العنف ، والكف عن القس ،
والإحجام عن عمل لم تهيأ له الأسباب من قوة أو مهارة ، واليقظة في تأدية واجب الرقابة
على الأشخاص أو على الأشياء . وليس هذا تعريفاً للخطأ ، بل هو تقسيم لأنواعه^(٢) .

ورأى ثالث للأستاذ إيمانويل ليفي يقول إن تحديد الخطأ يقتضي التوفيق ما بين
أمرين : مقدار معقول من الثقة توليه الناس للشخص فن حقه عليه أن يحجم عن الأعمال

== ١ - ٦٥ - ورسالة ديلانيس عن فكرة الصل غير المشروع (باريس ١٩٥١) وقد سبقته
الإشارة إليها — ورسالة داربيلاي (Jean Darbellay) : نظرية عامة في عدم المسؤولية (باريس
١٩٥٥) — وانظر في قدم هذه الفكرة دي باج ج ٢ بند ٩٤٠ ص ٨٧٩ — ومارق وريزو ج ٢
بند ٣٩٩ ص ٣٨٨ — ٣٨٩ — وانظر في عدم المسؤولية كركن من أركان المسؤولية في القانون
الألماني والسويسري : دي باج ج ٢ بند ٩٤٠ في نهاية] .

(١) وهذه هي عبارة بلانيول ذاتها :

"La faute est un manquement à une obligation préexistante".

(بلانيول ج ٢ فقرة ٨٦٣) — [وانظر : ساقانييه في المسؤولية المدنية الطبعة الثانية الجزء الأول
بند (٥) وما بعده ، حيث يعرف الخطأ بأنه الإخلال بواجب قانوني محدد — وانظر في هذا المعنى في
الفتن الصري : سليمان مرقس (المصادر طبعة ١٩٦٠) بند ٣٩١ — ٣٩٣ — ودروسه للدكتوراه
بند ١١٨ — ١٢٤ ص ٢٣٩ — وانظر في قدم هذا التعريف : دي باج ج ٢ بند ٩٣٩ — مارق
وريزو ج ٢ بند ٣٩٨] .

(٢) [انظر في تصادم الواجبات القانونية التي يحد الإخلال بها خطأ : سليمان مرقس في دروسه
للدكتوراه بند ١١٩ ص ٢٤١ — ودي باج ج ٢ بند ٩٤١ — بيدان ورودير ج ٩ مكرر بند ١٣٩٧
وما بعده — وانظر في أهمية العادات في تحديد مضمون هذه الواجبات مرقس : (دروس الدكتوراه) بند
١٢٧ — وبيدان ج ٩ مكرر بند ١٤٠٩ — وانظر في عدم إمكان حصر هذه الالتزامات أو الواجبات
وخصوصاً أسس المحاولات التي يفتك في تحقيقها : مارق وريزو ج ٢ بند ٣٩٨ — دي باج ج ٢ بند ٩٣٩
و ٩٤١] .

التي تضر بهم ، ومقدار مفعول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالنير . فالشخص ما بين الإقدام والإحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه ، ولا يتعارض مع ثقة الناس به . ويدعى هذا المذهب بمذهب الإخلال بالثقة المشروعة (*confiance légitime trompée*) . وهو كما نرى لا يتضمن ضابطاً يبين هذا الطريق الوسط الذي يصمم الشخص من الخطأ إذا هو سلكه .

ورأى رابع يحلل الخطأ إلى عنصرين ، فهو اعتداء على حق يدرك للمتدى فيه جانب الاعتداء كما يقول ديموج ، أو هو إخلال بواجب يقين من أخل به أنه أخل بواجب كما يقول سافاتييه ، أو هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل كما يقول جوسران . والاعتداء على الحق ، والإخلال بالواجب ، والحق الأقوى أو الحق المماثل ، كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ ، بل هي ذاتها في حاجة إلى تحديد^(١) .

٥٢٧ — **الخطأ له ركنانه** — ركن مادي وركن معنوي : والرأي الذي استقرت فيها وقضاء يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التصديرية من معناه في المسؤولية العقدية . فالخطأ في المسؤولية التصديرية هو إخلال بالالتزام القانوني ، كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالالتزام عقدي . وقد رأينا أن الالتزام العقدي الذي يمد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية (*obligation de résultat*) ، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية (*obligation de moyen*) . أما الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ

(١) [انظر في مارتى وريشو ج ٢ (بند ٣٩٦) عرضاً تحليلياً للآراء المختلفة في تعريف الخطأ . ويرى الاستاذان مارتى وريشو أن ثقة قسما من هذه التعاريف ينطوى في الواقع على استبعاد لفكرة الخطأ لاذ يجعل الخطأ مرادفاً للساس بحق النير ، وهو ما يتبرر صورة مستقرة نظرية لتحمل المخاطر . ومن القائلين بهذا الرأي (ليكلير) النائب العام في بلجيكا — وله في هذا المقام نظرية مشهورة — وقرب من ذلك تعريف جوسران للخطأ بأنه انتهاك حق النير دون مبرر من حق أقوى أو معادل على الأقل . أما القسم الثاني من هذه التعاريف فهو ينطوى على تحديد معنى الخطأ بما يجعل له مضموناً حقيقياً وإيجابياً ، وهذا القسم يفرع بدوره إلى طائفتين : (إحداهما) ترد الخطأ إلى فكرة خلفية فترى فيه ضرباً من الإثم أو الذنب . ويندرج تحت هذه الطائفة تعريف بلايول للخطأ بأنه إخلال بالالتزام سابق . وأساس هذه الفكرة =

في المسؤولية التقصيرية فهو دائماً التزام ببذل عناية . وهو أن يصطليح الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير . فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب ، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف ، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسئولية التقصيرية (١) .

ومن ثم يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركنين : الركن الأول مادي وهو التعدي (culpabilité) ، والركن الآخر معنوي وهو الإدراك ، (imputabilité discernement)

§ ١ - الركن المادي : التعدي

٥٢٨ - مقياس التعدي مقياس موضوعي بمقياس ذاتي : نستظهر مما تقدم أن خطأ انحراف في السلوك . فهو تعد يقع من الشخص في تصرفه ، ومجاوزه للحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه . فكيف يقع هذا الانحراف ؟ وما هو ضابطه ؟
يقع الانحراف إذا تعدد الشخص الإضرار بالغير — وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية (délit civil) — أو إذا هو دون أن يعتمد الإضرار بالغير أهمل وقصر — وهذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية (quasi-délit civil) .

— يقتضي أن يكون مرتكب الفعل واعياً أو مدركاً لما يفعل ، وهذا هو المرجع في تأصيل الركن المعنوي للخطأ — أ.أ. (الطائفة الثانية) فقد الخطأ إلى فكرة اجتنابية وترى فيه انحرافاً عن السلوك المعتاد في الوسط الاجتماعي . ويندرج تحت هذه الطائفة رأي إيمانويل ليفي في تعريف الخطأ بأنه إخلال بالثقة المفروضة وتعميد هنري وليون مازو لخطأ بأنه انحراف عن السلوك المعتاد — وانظر أيضاً في استعراض الآراء الفقهية المختلفة في هذا الموضوع : حين علم في المسؤولية المدنية فقرة ١٨٧ — فقرة ١٩٩] .

(١) [انظر في تعريف الخطأ بأنه انحراف عن السلوك الواجب : هنري وليون مازو — في المسؤولية ج ١ بند ٤٣٩ (صحيفة ٤٩٥ من الطبعة الخامسة بمحاولة أندريه توك) — وانظر أيضاً : هنري وليون نوجان مازو : دروس في القانون المدني ج ٢ بند ٤٤٨ — وينضم إليهما في ذلك دي باج ج ٢ بند ٩٣٩ — ويرى الدكتور مرقس أن هذه النظرية السلوكية ليست إلا صورة لتفسير عن الخطأ بأنه إخلال بواجب قانوني (انظر دروسه في الدكتوراه ص ٢٤٠ بالهامش — وصحيفة ٢٤١ بند ١١٨ حيث يقول إنه بين محامو وورد في الوسط (فقرة ٥٢٧) أن الخطأ هو الإخلال بواجب قانوني مقترن بأدراك الفعل لئام] .

أما الضابط في الانحراف فيتصور أن يزداد إلى إحدى وجهتين : وجهة ذاتية (subjectif) أو وجهة موضوعية (objectif) . فقياس التمدي الذي يقع من الشخصين مقياساً شخصياً (in concreto) . إذا اخترنا الوجهة الذاتية ، أو مقياساً مجرداً (in abstracto) إذا آثرنا الوجهة الموضوعية .

والقياس الشخصي يستلزم أن ننظر إلى شخص التمدي نفسه ، لا إلى التمدي في ذاته . أو نحن ننظر إلى التمدي من خلال شخص التمدي . فنبحث هل ما وقع منه يعتبر ، بالنسبة إليه ، انحرافاً في السلوك ، أى في سلوكه هو^(١) . فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير ، فأقل انحراف في سلوكه يكون تمدياً . وقد يكون دون المستوى العادي في الفطنة والذكاء ، فلا يعتبر تمدياً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحرافاً كبيراً بارزاً . وقد يكون في المستوى العادي المألوف . فالتمدي بالنسبة إليه لا يكون انحرافاً في السلوك بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضآلة ، ولكنه انحراف إذا وقع يعتبره جمهور الناس انحرافاً عن السلوك المألوف . والقياس الشخصي على هذا النحو لا شك في عدالته . فهو يأخذ كل شخص بمجرته ، ويقس مسئوليته بمقياس من فطنته ويقننه . وهو في الوقت ذاته يربط ما بين الخطأ القانوني والخطأ الأدبي . فالشخص لا يكون قد ارتكب خطأ قانونياً إلا إذا أحس أنه ارتكب خطأ أدبياً . فضميره دليله ووازعه ، يشعر بما بهم أن يرتكب من خطأ ، ويشنيه عنه ، أو يجعله عليه . ولكن القياس الشخصي فيه عيب جوهري لا يصلح منه أن يكون مقياساً منضبطاً وافياً بالنقض . فهو يقتضى أن ننسب الانحراف في السلوك إلى صاحبه ، فننظر إلى الشخص ، ونكتشف عما فيه من فطنة ، وما خلاص له من فطنة ، وما درج عليه من عادات ، وهذا كله أمر خفي ، بل لعله أن يكون من الخفاء بحيث يستعصى على الباحث المدقق كشفه . ثم هو بعد ذلك يختلف من شخص

(١) [ذهب قلة من الصراح إلى الأخذ بالقياس الشخصي (الرجال : في رسالته عن الإعمال وعدم التصر كصدر للمسئولية التصيرية — باريس ١٩٢٢ ص ٧ وما بعدها) . وهذا القياس مرجوح لأنه يؤدي إلى التعدد مع القضاة الجريسي والتباس مع المهمل ، وهو ما يدل على فساد — انظر مارتى وريونج — بند ٤٠٠] .

إلى شخص . فالانحراف عن السلوك المألوف ، تراه الناس في العادة انحرافاً حقيقياً ، يكون تديماً بالنسبة إلى شخص ذى فطنة أو شخص عادى ، ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين في الفطنة . فما ذنب ضحية هذا الانحراف ؟ وما الذى يمتنع به — وقد حاق به الضرر — من أن يكون التسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادى أو دون هذا المستوى ؟ وهل التمييز جزاء جنائى ينظر فيه إلى شخص المجرم قبل أن ينظر إلى الجريمة ، فيصيب المجرم في نفسه قبل أن يصيبه في ماله ؟ أو هو جزاء مدنى ينظر فيه إلى التعدى قبل أن ينظر إلى التعدى ، فيصيب المستول في ماله قبل أن يصيبه في نفسه ؟ لا شك فى أن التمييز جزاء مدنى لا عقوبة جنائية . ولا شك كذلك فى أن الدائن بمقتضى العمل غير المشروع ، كالدائن بمقتضى العقد ، لا تمنع الظواهر النفسية بقدر ما تمنع الظواهر الاجتماعية . فاعطاً كالإرادة شيء اجتماعى قبل أن يكون ظاهرة نفسية . وكما يقف الدائن فى العقد عند الإرادة الظاهرة يستخلص منها الإرادة الباطنة دون أن يعبأ بما يمكنه مدينه من سريرة خفية ، كذلك الدائن فى العمل غير المشروع ينبئ أن يقف عند الانحراف عن السلوك المألوف لا يعبأ بما ينطوى على مدينه من تراخ أو بقلعة .

من أجل هذا كله رجح الأخذ بالقياس المجرد دون القياس الشخصى . فيقاس الانحراف بسلوك شخص نجرده من ظروفه الشخصية . هذا الشخص المجرد هو الشخص العادى الذى يمثل جمهور الناس ^(١) . فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ، ولا هو محدود الفطنة حامل الهمة فينزل إلى الحضيض . وهو الشخص الذى اتخذناه من

(١) انظر فى ترجيح المعيار المجرد : جين فى مقاله « المضطر والمسئوليات » فى المجلة النصلية ١٩٠٢ من ٨٣٨ — دى باج ن° ٢ بند ٩٠٧ و ٩٤٤ — بيدان ورودير (الجزء التاسع مكرر) بند ١٣٩٥ — ماركو ورينو بند ٤٠٠ — وأخذ القضاء الأنجلوسكسونى بمعيار الرجل العقول (reasonable man) انظر (مازو) فى المسئولية الطبعة الخامسة ج ١ بند ٤٤٤ — وفى الفقه العبرى : حشمت أبوستيت بند ٤٣٣ — سليمان مرقس فى دروس الدكتوراه من ٢٥١ بند ١٢٥ — وفى المصادر من ٥١٣ بند ٣٩٤ — وعبد المقيم فرج الصدة بند ٤٢٠ — وانظر أنور سلطان الصادر طبعة ١٩٦٢ بند ٤٢٣ من ٤٨٥ وحاشى (٢) بها — حيث يشترى إلى أن المعيار الثانى يؤخذ به فى الفعل المتصد بيننا يؤخذ بالمعيار المجرد إذا كان الفعل غير عمدى — ثم يستدرك فيقرر أن الأمر لا يختلف حتى لو أخذ بالمعيار المجرد فى شأن الفعل العمدى]

قبل مقياساً لخطأ التقدي في الالتزام ببذل عناية ، حيث يطلب من الدين في الأصل أن يبذل عناية الرجل العادي . وهو شخص عرّفه القانون الروماني ، وسماه يرب الأسرة العاقل (Bon père de famille) . ننظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص العادي ، ونقيس عليه سلوك الشخص التقدي نسب إليه التقدي . فإن كان هذا لم يتعرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي ، فهو لم يتعد ، واتفق عنه الخطأ ، ونقض المسؤولية عن كاهله . أما إذا كان قد انحرف ، فهما يكن من أمر فعلته ويقفله ، فقد تعدى ، وثبت عليه الخطأ ، وترتبت المسؤولية في ذمته . بهذا وحده يسلم لنا مقياس متعبط صالح واف بالفرض . فلا نمن في حاجة إلى البحث عن خبايا النفس والكشف من خفايا السرائر ، ولا المقياس يختلف في تطبيقه من شخص إلى شخص . بل يصبح التقدي أمراً واحداً بالنسبة إلى جميع الناس ، إذ أن معياره لا يتغير . فإذا جاوز الانحراف المألوف من سلوك الناس صار تعدياً ، يستوى في ذلك أن يصدر من فلان ذكي أو وسط عادي ، أو خامل غبي . ويصبح الخطأ شيئاً اجتماعياً لا ظاهرة نفسية ، فتستقر الأوضاع ، وتنضبط الروابط القانونية^(١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وفي لفظ (الخطأ) في هذا المقام عن سائر الموت والكني التي تخطر لبعض فمعرض التعبير ، كاصطلاح (الصل غير المعروف) ، أو (العمل المخالف للقانون) أو (الصل التقدي يحرمه القانون) الخ ... فهو يتناول الفصل السلي (الاستماع) والصل الإيجابي ، وتصرف دلالاته إلى مجرد الإجمال والفصل المد على حد سواء . وغني عن البيان أن سرد الأعمال التي يضيق فيها معنى الخطأ في نصوص التصريح لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم ، ولا يؤدي قط إلى وضع بيان جامم مانع . فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضي . وهو يسترشد في ذلك بما يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الأضرار من عناصر التوجيه . فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي فيها الخطأ . ويخضع هذا الالتزام بصراً في التصرف بموجب أعماله ببذل عناية الرجل الحرص (اقرأ الرجل العادي) . وقد أقر التقنين المتساوي هذا الضابط التوجيهي لإقراراً تشريعياً ، فمن المادة ١٢٩٧ على أنه (يفترض فيمن يتمتع بقواه العقلية أن تتوافر لديه درجة الانتباه والحماية التي تتوقع في سواد الناس . ويضيق معنى الخطأ في كل عمل ينشأ عنه ضرر بحقوق الغير إذا لم يلتزم من وقع منه هذا الصل تلك الدرجة) . وقد عرض التقنين البولوني ، بعد أن وضع المبدأ العام في المسؤولية التضامنية ، لصورة التعريض والإعانة على الإضرار وصورة الإفادة من الضرر . فقرر في المادة ١٣٦ مسؤولية من يعرض شخصاً آخر على الإضرار بالغير أو يمتنع على ذلك ، كما قرر مسؤولية من —

ولا يريد في دفاعها عن القياس الجرد وهو القياس الذي أخذ به الجمهور من رجاله
التقنة والقضاء — أن ينفى ما يطوى عليه من تسليم جزئى بقيام المسؤولية على تحمل التبعة
(risque). ذلك أن الشخص الذى هو دون المستوى المادى من الفطنة واليقظة، إذا أخذ
بهذا القياس، كان عليه أن يتحمل تبعه نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى المادى. فقد
يكون استنفاد ما وسعه من جهد، وبذل ما فى طاقته من حرص ويقظة، ولكن ذلك كله
لم ينهض به إلى مستوى الشخص المادى. فيعد انحرافه عن هذا المستوى تمديداً، ويصبح
مسئولاً. ومسئوليته هنا إذا كانت تقوم على خطأ قانونى بالنسبة إلى القياس الجرد، فهى
لا تقوم على أى خطأ بالنسبة إلى القياس الشخصى، ومن هنا يحىء تحمل التبعة. فكأن
الطالب من الناس جميعاً، وهم مأخوذون بهذا القياس الجرد، أن يلفوا من الفطنة واليقظة
ما بلغ أوساطهم من ذلك. فمن علا عن الوسط كان علوه غنياً، ومن نزل عنه كان نزوله
غرمًا. هكذا يعيش الإنسان فى المجتمع. وهذا هو الثمن الذى يدفعه للعيش فيه^(١).

== يفيد عن بيئة من ضرر يصيب الغير. أما حكم الصورة الأولى، وهى الحامية بمسئولية الضرب، فلا وجه
لشك فيه، لاو الاشتراك فى ذاته يعتبر خطأ مستقلاً. ولكن حكم الصورة الثانية لا يزال محل نظر من
من وجوه، فإذا لم يكن قد وقع من آخرى على هذا النحو خطأ معين، ولم يجاوز أمره حدود الانتفاع عن
بيئة من ضرر أصاب الغير، فلا يجوز مساءلته إلا بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب (انظر المادة ٥٠ من قانون
الالتزامات السويسرى) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٤ — من ٣٥٥) .

هنا ويستوى فى وجوب الأخذ بميلار السلوك المألوف للشخص المتاد أن يكون العمل غير المشروع فعلاً
أو تركاً. فإذا امتنع شخص عن إتخاذ غريق لأن فى محاولة إنقاذه إلحاق الأذى بنفسه، لم يكن هذا انحرافاً عن
السلوك المألوف للشخص المتاد، فلا يعد الانتفاع هنا خطأ. أما إذا كان من الميسور عليه إتخاذ الغريق دون
أن يعرض نفسه لى خطر، فقد يعتبر الانتفاع عن إنقاذه فى هذه الحالة خطأ لأنه انحراف عن السلوك المألوف
للشخص المتاد، وبخاصة إذا وجد من قانونى مماثل للتعديل الذى أدخله المشرع الفرنسى فى المادة ٦٣ من
قانون العقوبات بالمرسوم الصادر فى ٢٥ يونيو سنة ١٩٤٥ حيث اعتبر مجرد امتناع الشخص عن مساعدة الغير
دون تعرضه شخصياً لخطر ما جريمة (أنور سلطان الصادر طبعة ١٩٦٢ ققرة ٤٢٤ — قرب أحد حشمت
أبو سبت ققرة ٤٢٩ — عبد النعم فرج الصدة ققرة ٤٢٢ — وانظر عند كامل مرسى فى الالتزامات
٢ ققرة ٣٤ مكررة ص ٨٥) . وقد نصت بعض القوانين الأجنبية صراحة على المسؤولية فى حالة الانتفاع
عن مساعدة الشخص الذى يكون فى حالة خطر: القانون المدنى البرتغالى ٢٣٦٨ — القانون المدنى الهولندى
٤٥٣ — القانون المدنى الرومى م ٣٨٧ .

(١) [على أنه قد يقال أن القياس الجرد سينتهى إلى أن يعتبر القاضي نفسه المثال النموذجى للرجل
العادى بما قدر تدبيرا إلى مبالغة شخصى، متغير، غير أنه توجد فى هذا المقام ضمانات تؤدى إلى توجيه القياس ==

٥٢٩ - التجرد من الظروف الداخلية و من الظروف الخارجية : وهذا المقياس

المجرد — مقياس السلوك المألوف من الشخص المادى — قد تجرد كما قلنا من جميع الظروف الذاتية للملابسة لشخص المتعدى ، إذ هي ظروف داخلية متصلة به . فهو مأخوذ بمقياس من السلوك المألوف من الشخص المادى حتى لو كان هو محدود الذكاء ، قليل الفطنة ، ضعيف الإدراك^(١) ، وهو مأخوذ به أيضاً حتى لو كان بطيء الحركة ، الهمة ، بليد الطبع . وهو مأخوذ به كذلك حتى لو كان غنيف التصرف ، ثائر الطبع ، عصي الزاج — ولو أن سائق السيارة ليلاً في المدينة كان ضعيف النظر ، أو كان صبياً صغيراً في السن ، أو كان رفيقاً لم يعود القيادة في المدن ، أو كان امرأة لا تضبط أعصابها ، فإن شيئاً من هذا لا يغير من وجه المسألة . فزال السائق مأخوذاً بمقياس السلوك المألوف من الشخص المادى . والشخص المادى هنا رجل سليم النظر ، تعود القيادة ، يستطيع عند الاتضاء أن يضبط أعصابه . هذه هي الصفات التي ألفتها الناس ، وما تنتظر بحق أن يكون عليها سائق السيارة ليلاً في المدينة .

قول : سائق السيارة ليلاً في المدينة . ولم قل سائق السيارة إطلاقاً دون تحديد . ذلك أن الشخص المادى الذي جعل مقياساً مجرداً ، إذا كنا قد جردناه من جميع الظروف للملابسة لشخص المتعدى إذ هي ظروف داخلية تتصل بهذا الشخص بالذات ، فليس لنا أن نجرده من الظروف الخارجية إذ هي ظروف عامة تتناول جميع الناس^(٢) . فلا نجرده

== واستوائه : منها نظام تعدد القضاة (حيث يؤخذ به) — وتعدد درجات القاضي — ورتابة محكمة النفس على تكيف الخطأ — . يمكننا نحس لنا نموذج مجرد يصلح أساساً للمقياس (انظر مارتن وزينو بند ٤٠٠ من ٣٩١ وماشى ٦) — وانظر أيضاً في رتبة النفس في هذا الموضوع : ليمير (Lemaire) في الطابع القانوني لخطأ التصديق ورتابة محكمة النفس عليه (باريس سنة ١٩٣٤) — دى باج ٦٤ بند ٩٤٣]

(١) بحيث لا يصل ضعف الإدراك إلى حد انعدام التمييز ، وإلا انعدم الركن المعنوي للخطأ . وينبغي ذلك فيما يلي .

(٢) [انظر في هذا المعنى : ساليان مرقس في دروس الدكتوراه من ٢٥٣ بند ١٢٦ — وفي المصادر من ٥١٥ بند ٣٩٦ و ٣٩٦ — حجت أبو سبيت بند ٤٣٤ — عبد اللهم الصلعة بند ٤٢١ —]

أولاً من ظروف الزمان . فهو يسوق السيارة ليلاً . وظرف الزمان هذا ظرف عام خارجي لا يتفرّد به ، بل يستوى فيه مع سائر سائقى السيارات . ولا نجرده ثانياً من ظروف المكان . فهو يسوق السيارة فى المدينة . وظرف المكان هذا هو أيضاً ظرف عام خارجي كظرف الزمان . وهناك ظروف أخرى خارجية عامة قد تحيط بسائق السيارة ، فيجب إيرادها ، وعدم التجرد منها . فهو قد يسوق سيارته فى منطفقت ضيقة ، أو فى شوارع واسعة بالناس ، أو على أرض مبللة . ففى مثل هذه الظروف الخارجية يجب عليه أن يصطنع الحيلة والأناة فى السير . وهو قد يسوق سيارته فى شوارع فسيحة أو فى طرق خالية من الناس ، أو يحترق صحراء فى طريق مهد . ففى مثل هذه الظروف الخارجية لا ضير عليه إذا هو أسرع .

نستظهر إذن مما قدمناه القاعدة الآتية : إن الشخص المادى ، الذى نجمل سلوكه المألوف مقياساً للخطأ ، يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية القاتية الملائمة لشخص التمدى دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التى تحيط بالتمدى . وأهم الظروف الخارجية العامة التى لا يجوز التجرد منها هى ظروف الزمان وظروف المكان .

وقبل أن تترك هذا الموضوع ، نمود إلى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها ظروفًا داخلية شخصية يجب التجرد منها . وهى ظرف السن ، وظرف الجنس ، وظرف الحالة الاجتماعية . فقد أسلفنا أن سائق السيارة . حتى لو كان صبيّاً أو امرأة أو ريفياً ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل المادى المجرد من هذه الظروف الثلاثة . وإذا صح هذا النظر فى شأن قيادة السيارة ، حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الريفيون دون غيرهم ، فإنه لا يصح فى شأن الأعمال التى تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف . فإن الصبي الصغير إذا لعب مع رفاقه لا يبنى أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج فى السن . كذلك المرأة إذا باشرت عملاً تباشره النساء عادة ، كالتعليم والتوليد والتريض ، لا يقاس

سلوكها فيها بسلوك الرجل . والرفيقي الساذج ، وهو يعيش في قرية النائية عيشته للألفة ، لا يقاس سلوكه بسلوك المتحضر المتقف . ذلك أن الصبي الصغير فيما يقوم به من أعمال الصبيان ، والمرأة فيما تبشره من أعمال النساء ، والرفيقي فيما يسكن إليه من حياة قروية ، ينبغي أن يعتبر كل منهم متممياً إلى طبقة قائمة بذاتها . فيتجرد ، من كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث ، شخص عادى يكون سلوكه المألوف هو القياس الذي يقاس به جميع الأفراد التي تنتمي إلى هذه الطبقة^(١) . فالقياس المجرد للصبيان ، فيما هو من أعمال الصبيان ، صبي مثلهم ، يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بصبي بالذات . والقياس المجرد للنساء ، فيما تبشر النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسطيتهن تتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بامرأة بالذات . والقياس المجرد لأهل القرى ، فيما يدخل في حياتهم الريفية ، قروي منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بقروي بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل في أعمال الصبيان ولا هي من الأعمال التي تبشرها النساء عادة ، وليست محصورة في أهل القرى . لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة إليها ظروفاً داخلية شخصية لا ظروفاً خارجية عامة . ومن ثم يتبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفاً داخلياً شخصياً بالنسبة إلى شيء معين ، ثم يتقلب إلى ظرف خارجي عام بالنسبة إلى شيء آخر . وفي هذه النسبية التي نقول بها ما يحيل القياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمتعضيات الظروف^(٢) .

(١) [فلان حشمت أبو ستيت بند ٤٣٤ من ٤١٩ هـ] هاشم (١) حيث يرى أن السن والجنس عوامل داخلية لا يتعد بها دائماً عند تقرير الانحراف — وانظر أتورسلطان من ٤٨٧ هـ هاشم (٢) حيث يرى اعتبارهما ظروفاً خارجية — ومرقس المصادر من ٥١٨ ودروس الدكتوراه بند ١٢٦ من ٢٥٣ وما بعدها .

(٢) ولا يقتصر تطبيق القياس المجرد على الخطأ غير السدى (الإعمال أو التصدير) في الخطأ السدى أيضاً يطبق القياس المجرد . ولا يمكن لطبيعته أن يقال إن الشخص السدى في سلوكه المألوف لا يقصد الإضرار بالنير ، فيكون الخطأ السدى انحرافاً عن هذا السلوك المألوف (أنظر مازو ١ فترة ٤٣٩ — أتورسلطان المصادر طبع ١٩٦٢ من ٤٨٥ هـ هاشم ٢) . ذلك أن من قصد الإضرار بالنير لا يكون خطئاً في جميع الأحوال . فالناجر الذي يتنافس تاجراً آخر منافسة شرعية لا يكون مستولاً حتى لو تعدد الإضرار بمنافسه . ولا يمكن أن يكون من قصد الإضرار بالنير متعمداً إذا هو انحراف في سلوكه عن السلوك المألوف للشخص السدى . =

٥٣ — عنه إثباتات في ركن التعدي : والتعدي على الوجه الذي بسطناه ، إذا وقع من شخص فالحق ضرراً بأخر ، كان على المضرور عبء إثبات وقوعه من التعدي . فإن المسؤولية هنا قد ترتبت على عمل شخص صدر من المسئول ، وقد أخلصنا أن المسؤولية عن أعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات ، فلي الدائن في هذه الحالة أن يثبت أن المسئول قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي ، فترتبت للمسئولية في ذمته ^(١) . وهذا هو عين ما قررناه في المسؤولية القدية ، فقد قلنا أن الدائن في العقد هو الذي يثبت إخلال الدين بالتزامه القدي ، كما أن المدين هو الذي يثبت أنه قام بالتزامه ^(٢) . وهنا ، في المسؤولية التقصيرية ، يثبت الدائن أن المدين قد أدخل بالتزامه القانوني ، فلم يصطنع الحيلة الواجبة في عدم الإضرار بالتغير ، بأن انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي فالحق الضرر بالدائن ^(٣) .

== فيها نحن هنا نطبق للقياس المجرد ، ولا يقتينا عنه قصد الإضرار بالتغير . (قرب سليمان مرقس في الفصل الضار
فقرة ٤٦ — المصادر بند ٤٠١ — دروس الدكتوراه بند ١٣١ ص ٢٦٥ — وانظر عبد الحليم فرج
الصدقة فقرة ٤٢٣ — وقارن أحمد حشمت أبو سليم فقرة ٤٣٣) .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الاستئناف قد أ قامت قضاءها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسؤولية التقصيرية على أن وقوع الحادث للطائرة دون أن يعرف سببه ، لا يلزم منه اعتبار شركة الطيران مرتكبة خطأ يقتضى الحكم عليها بالتعويض إذ يصح على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المدين الذي نشأ عنه الحادث وارتبط معه بواجبة السببية ، وأنه متى كان سبب احتراق الطائرة في الجو غير معلوم ولا يمكن إسناده لمب معين في تركيب الطائرة فإن مسؤولية الشركة عن التعويض تعتبر متظنية — فثبت هذا التأسيس صالح لإقامة الحكم وكاف في دفع مسؤولية الشركة المذكورة .

(قضى مدني في ١٥/٥/١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ٥١ ص ٤٤١) .

وكذلك قضت محكمة النقض بأن الحكومة لا تسأل إن هي قامت بتنفيذ مفروض من المفروضات العامة . مثل تحويل ترعه إلى مصرف إلا في نطاق المسؤولية التقصيرية ، فلا تسأل عما يكون قد لحق الأفراد من ضرر بسبب هذا المفروض إلا إذا ثبت أنها ارتكبت خطأ معيناً يكون سبباً لأساءتها .

(قضى مدني في ١٨/١١/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٦ ص ١٢٧) [

(٢) انظر آتاً فقرة ١٢٩ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ولما كان الأصل ==

٥٣١ - ما لا ريب في أن جعل التعرض ممنوعاً : وإذا أثبت الدائن في المسؤولية التقصيرية وقوع التعدي من المدين ، رجع عليه بتعويض الضرر الذي أحدثه هذا التعدي . إلا أن المدين يستطيع أن يزيل عن التعدي صفة عدم المشروعية ، فيقبله إلى عمل مشروع لا يوجب مسؤوليته ، إذا هو أثبت أنه وقت أن ارتكب هذا العمل كان في إحدى حالات ثلاث : حالة الدفاع الشرعي (état de légitime défense) ، أو حالة تنفيذ لأمر صادر من الرئيس (exécution d'un ordre émanant d'un supérieur hiérarchique) ، أو حالة الضرورة (état de nécessité) .

وقد عرض التقنين المدني الجديد لهذه الحالات الثلاث بنصوص صريحة . وهي حالات نقلت عن القانون الجنائي ، وتعتبر هناك أسباباً للإباحة . وتستعرضها هنا في إيجاز .

٥٣٢ - مادة الدفاع الشرعي : نصت المادة ١٦٦ من التقنين المدني الجديد على أنه « من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزماً

في المسؤولية التقصيرية بوجه عام أن تناط بخطأ يقام الدليل عليه ، لذلك ألقى عبء الإثبات فيها على طرفي الضرور ، وهو الدائن . ويراعى أن المشروع لم يلم في هذه الناحية شأن التقنين الموقفي في ابتناء تلك المسؤولية على أساس الخطأ المفروض . فقد انتهى هذا التقنين ، تخريفاً على ذلك ، إلى تقرير قاعدة أخرى بشأن الإثبات . قضى في المادة ٤٠٣ ، بأن (من أضر بالغير في شخصه أو ماله يلزم بتعويض الضرر . ويرأى من الزامه هنا إذا أقام الدليل على أنه لم يكن في مقدوره أن يتق هذا الضرر ، أو أنه كانت له سلطة إجباته قانوناً ، أو أنه حدث من جراء سبق إصرار الضرور أو إهماله القاضح) . ويرأى من ناحية أخرى أن الشقة بين أحكام المشروع وبين المسؤولية على أساس تيمة المخاطر المستعدة لا تزال أجدى بدى ، مما يفرض تلك الأحكام عن المسؤولية على أساس الخطأ المفروض . ذلك أن الأوضاع الاقتصادية في البلاد لا تقتصر تطوراً يبلغ في عمقه مثل هذا المدي . وفصلاري ما هناك أن المشروع قطع بتطبيق المسؤولية على أساس الخطأ المفروض في نطاق الأحكام الخاصة بالمسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء . أما المسؤولية على أساس تيمة المخاطر المستعدة فلا يوجد في شأنها سوى تفسيرات خاصة تناولت تنظيم مسائل بلغت من التوضوح ما يؤهلها لهذا الضرب من التنظيم . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ، ص ٣٥٥) .

[وانظر في إثبات الخطأ : جى باج ٢٠ بند ٩٣٧ و ٩٤٤ مكرر - يديان ورودير ٩٠ مكرر بند ١٤٦٦ ص ٢٠ وما بعدها] :

جموعى تراعى فيه مقتضيات المدالة ^(١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « من أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى ، سواء تعلق هذا الدفاع به أو غيره ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى ذلك القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً بجموعى تراعى فيه مقتضيات المدالة » . وفى لجنة المراجعة تناقش الأعضاء فيما هو الدفاع الشرعى ، واستقر الرأى على أن الدفاع الشرعى هو المحدد بصروله فى القانون الجنائى ، وقد أصبح نص المادة الهائى كما يأتى : « من أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً بجموعى تراعى فيه مقتضيات المدالة » وأصبح رقمها ١٧٠ فى المشروع الهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح النص ، فى حالة مجاوزة حدود الدفاع الشرعى ، على أن يكون التعويض بقدر المجاوزة ، فأجيب بأن نص المشروع يفيد هذا المعنى ومن المتفق عليه أن التعويض يقتصر على مقدار المجاوزة فى الدفاع ، وقد وافقت اللجنة على هذا التصير . ثم استبضت عبارة « فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره » بعبارة « فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله » لإظهار أن الدفاع يشمل المال أيضاً وتمشياً مع الأحكام المقررة فى هذا الشأن فى قانون العقوبات . وأصبح رقم المادة ١٦٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته . (بمجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٣٦٩ — ٣٧٢) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٧٢ من المشروع الفرنسى الإطالى .

ولا يوجد مقابل لهذا النص فى التقنين القديم ، ولكن القاعدة كان معمولاً بها . والقانون الجديد لم يعل غير أن قن أحكام التضام فى ذلك . ووردت نصوص فى تقنين العقوبات عن الدفاع الشرعى نذكر منها ما يأتى :

٢٤٥ م عقوبات : « لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله » . (وتراجع المواد من ٢٤٦ إلى ٢٥٠ وقد بينت الظروف التى ينشأ عنها هذا الحق والقيود التى يرتبط بها) .

٢٥١ م عقوبات : « لا يعنى من الضارب بالكلية من تصدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعى أثناء استعماله إياه دون أن يكون فاصداً لإحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع . ومع ذلك يجوز للقاضى إذا كان الفصل جنائياً أن يصد مذكراً إذا رأى ذلك علماً وأن يحسب عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة فى القانون » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : « ولما أحدث الضرر كذلك أن يقتصر من تمة عمله ويدفع المسئولية عن نفسه ... إذا أثبت توافر سبب من أسباب الإباحة وهى ثلاثة : الدفاع الشرعى ، وصور أمر من رئيس ، والضرورة . أما حالة الدفاع الشرعى فقد عرفنا التقنينان الفرنسى والمراكشى فى المادتين ١٠٤ — ٩٥ بأنها (حالة يجبر فيها الشخص على العمل لدرء اعتداء حال غير مشروع موجه إلى شخصه أو ماله ، أو موجه إلى شخص الغير أو ماله) . فمن يقوم بالدفاع الشرعى فى مثل هذه الحالة ، فيحدث ضرراً للعدوى ، لا يكون مستولاً ، ولا يجبر ما وقع منه خطأ بوجب =

فالدفاع الشرعى عن النفس أو للمال يبيح التمدى ويحمله مشروعاً . ولكن يجب في ذلك توافر الشروط المعروفة للدفاع الشرعى ومى : (أولاً) أن يكون هناك خطر حال على نفس المدافع أو ماله ، أو على نفس الغير أو مال هذا الغير إذا كان عزيزاً عليه إلى درجة كبيرة^(١) . ولا يشترط وقوع الاعتداء على النفس أو للمال بالفعل ، بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . ويترك هذا لتقدير المدافع متى كان هذا التقدير مبنياً على أسباب معقولة^(٢) . (ثانياً) أن يكون إيقاع هذا الخطر عملاً غير

المسألة . وقد نص التفتين الألماني صراحة على ذلك ، قضى في المادة ٢٢٧ بأن « كل عمل يفرض على الشخص جبراً في سبيل الدفاع عن النفس لا يعتبر مخالفاً لقانون » . ولم يقتصر القانون البرتنال على تحويل الشخص حق الدفاع عن نفسه فحسب ، بل جاوز هذه الحدود ، وجعل من ذلك الدفاع واجباً يقع على عاتق من يشهد الاعتداء . وليس هذا الواجب مجرد واجب أدبى ، وإنما هو واجب قانونى تترتب عليه تبعات قانونية . وقد نصت المادة ٢٣٦٨ من هذا التفتين على أن « كل من يتمتع عن مقاومة عمل غير مشروع وكان لا يمرض منه لخطر لو أنه قاومه ، يسأل عن التعميز مسئولة احتياطية » . ويدعى أن المسئولة لا تترتب في حالة الدفاع الشرعى إلا إذا كان من الجبىء إليه قد اقتصر على القدر اللازم لدفع الخطر في غير إفراط . فإذا جاوز هذا القدر اعتبر ما وقع منه من قبيل الخطأ ، وقاسم التمدى بذلك تيمية خطأ مشترك يتردد بينهما . وفي هذه الصورة يقضى بالضرورة بتعميز عادل ولكنه تعويض مخفف بقدره الثانى وفقاً لقواعد الخطأ المشترك » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٢٧٨ — من ٢٧٩) .

ومقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى: السورى م ١٦٧ (مطابق) — الليجى م ١٦٩ (مطابق) — العراقى م ٢١٢ (موافق) — اللبناني لا مقابل .

(١) قضت محكمة النقض بأنه يشترط لتنى المسئولة اعتماداً على حالة الدفاع الشرعى أن يكون الاعتداء المراد دفعه حالاً أو وشيك الحلول . وإنذن ففى كان الحكم ، إذ قرر مسئولة الحكومة وتنى قيام حالة الدفاع الشرعى قد أثبت أن البوليس ارتكب خطأ ظاهراً في محاصرة للمتظاهرين فوق أحد الكبارى وكان من المستحيل عليهم الإقلاات من القوتين المتقابلتين ، ولم تكن هذه الوسيلة هى الكفيلة بالفرض الذى يجب أن يقصده البوليس من تفريقهم وأنه إذا كان قد حصل اعتداء على بعض رجاله فقد كان مقابل تهجه على المتجهمين الفارين أمام البوليس وأن البوليس هو الذى كان البادى بالاعتداء دون أن يكون لذلك مبرر ، فإن في هذا الذى قرره الحكم ما يكفي لحل قضائه في هذا الخصوص .

(قضى مدنى في ٢٠ / ١٠ / ١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٨٦ من ١٣٨١) [.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط في القانون لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون قد وقع اعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . وتقدير =

مشروع . فليس لمن ألقى القبض عليه بطريق قانوني أن يقاوم رجال الشرطة بمجسمة الدفاع الشرعي^(١) . (ثالثاً) أن يكون دفع الاعتداء بالتدبر اللازم دون مجاوزة أو إفراط . فإن جاوز الشخص حدود الدفاع الشرعي كان متعدياً ، وثبت في جانبه الخطأ^(٢) . ولكن هذا الخطأ من جانب للمتدى عليه يقابله خطأ من جانب للمتدى ، فهكون مسئولية من جاوز حدود الدفاع الشرعي مسئولية مخففة ، والتعويض الذى يدفعه « تراعى فيه مقتضيات العدالة » كما يقضى النص ، وذلك طبقاً لقواعد المسئولية عن الخطأ المشترك ، وسيرد ذكر ذلك .

ومتى توافرت شروط الدفاع ، كان دفع الاعتداء باعتداء مثله لا يعتبر تعدياً ، بل

الدائم عن الفعل يستوجب الدفاع يكفى فيه أن يكون منياً على أسباب مقولة من شأنها أن تبرر ذلك . وما دامت البيرة في التقدير بما يراه الدفاع في ظروفه التى يكون فيها ، فإن رأى المحكة وهى تصدر الحكم في الدعوى يجب ألا يحجب له حساب في ذلك . وإذن فنقول الحكم بأن التهم لم يصب لا هو ولا أحد من الأهالي بأية إصابة ، وأن قصد السأكر الخبي عليهم من إطلاق النار وتصويب البندقية إليه كان مجرد التهديد — هذا القول على إطلاقه لا يصلح سبباً لنفى ما تمسك به التهم من أنه كان في حالة دفاع شرعي ، إذ هو لو كان اعتقد في الظروف التى كان فيها أن العيار الذى أطلق كان مقصوداً به إصابته أو إصابة أحد ممن كانوا معه يجعل الواقعة لكان اعتقاده له مبرره . ولكن كافيًا في تبرير فعل القتل الذى وقع منه . (تقضى جنائي في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٩٨ من ٢٢١ — أظن أيضاً تقضى جنائي في ٥ أبريل ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٧٣ من ٥٩٣) . وتقتضى كذلك بأنه إذا كانت الواقعة الثانية بالحكم هي أن التهم لم يطلق القنوف النار الذى أسبب الخبي عليه إلا حين رآه عند التفجير في زراعتة يسرى منها . فهنا ، متى كانت الإصابة غير عمية ، مما يسوغ القول بأن التهم كان في حالة دفاع شرعي عن ماله (تقضى جنائي في ١٨ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٤٩ من ٤٦٠) .

(١) [وقد قضت محكمة التقضى بأنه لا قيام لحق الدفاع الشرعي مقابل دفع اعتداء مشروع ، كمن يستعمل حقاً مقررًا بمقتضى القانون في الحدود التى رسمها ، ومن ذلك الحق المحول لأفراد الناس المباشرة التقضى على متهم شوهد متلباً بجناية أو جسيمة ، مما يجوز فيها الحبس الاحتياطى — كما يجرى بذلك من المادة ٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية — لتفسيه إلى أقرب رجال السلطة العامة : تقضى جنائي في ٢٤/٤/١٩٦١ مجموعة أحكام التقضى (جنائي) السنة ١٢ من ٥٠٠ رقم ٩٢] .

(٢) [متى ثبت أن التهم قد تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي فإنه يكون مسئولاً عن تعويض الضرر الناشئ عن جرمته ويكون الحكم عليه بالتعويض صحيحاً في القانون : تقضى جنائي في ٦/٤/١٩٥٩ مجموعة أحكام التقضى الجنائية السنة ١٠ رقم ٩٠ من ٤١٥] .

هو عمل مشروع لا يترتب عليه السئولية . ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم . ويمكن تخريج هذا الحكم على أحد وجهين :

(الوجه الأول) أن دفع الاعتداء إذا اعتبر تمديداً فثبت الخطأ في جانب المتدى عليه ، فإنه يبقى بعد ذلك أن هذا الخطأ قابله من جانب المتدى خطأ أكبر منه . إذ كان هو البادى . والقواعد المعروفة في نظرية الخطأ المشترك تجمل الخطأ الأكبر يستغرق الخطأ الأصغر . ولكن تخريج الحكم على هذا الوجه لا يفي التمدى في جانب المتدى عليه ، إذ يعتبر دفعه للاعتداء خطأ وإن استغفره خطأ أكبر منه .

(الوجه الثانى) إن دفع الاعتداء لا يعتبر تمديداً ، وليس هو بخطأ أصغر استغفره خطأ أكبر منه . بل هو عمل مباح مشروع . وتطبيق المقياس المجرد الذى يقاس به ركن التمدى يؤدى إلى هذه النتيجة . فإما هو السلوك المألوف للشخص المادى إذا دهمه خطر ؟ إنه يدفع دون شك هذا الخطر بما وسعه من جهد ، مراعيًا في ذلك تناسباً معقولا بين الخطر الذى يهدده والوسيلة التى يدفع بها الاعتداء . فإذا لم ينحرف المتدى عليه عن هذا السلوك لم يكن متمدياً . أما إذا انحرف عنه ، بأن لم يراع التناسب المقول بين الخطر والوسيلة لدفعه ، اعتبر عمله تمديداً يخفف منه الاعتداء الذى بودى به طبقاً لقواعد الخطأ المشترك .

ونحن نؤثر هذا التخرج ، لأنه هو الذى يتماشى مع المقياس المجرد لركن التمدى على النحو الذى أسلفناه ^(١) .

(١) أنظر مازو ١ ققرة ٤٨٩ — هنا لو أخذنا بالتخرج الأول ، واعتبرنا دفع الاعتداء خطأ استغفره خطأ أكبر ، لكانت تبرير الإعفاء من السئولية التصيرية في حالة الضرورة ، ولكن البطلان الذى يقع في هذه الحالة خطأ قائماً لم يتباه خطأ يستغفره من جانب الضرور (أنظر ققرة ٢٣٤ فيما يلى) .

[وانظر في الدفاع العرعى : مارتى ورينو ج ٢ بند ٥٠٦ — دى باج ج ٢ بند ١٠٤٠ وهو يعوجه تحت حالة الضرورة] .

٥٣٣ — حاز تنفيذ أمر صادر من الرئيس : نصت المادة ١٦٧ من التقنين المدني الجديد على أنه « لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالنير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس ، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة ، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة »^(١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« ١ — لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالنير ، إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس . يجب عليه طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له . ٢ — وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي قام به ، بأن يقيم الدليل على أنه راعى في ذلك جانب الحيطة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة » . وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة « من رئيس يجب طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له » بعبارة « من رئيس ظاهري متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة » ، وذلك لأن الرئيس ليس هو الذي يجب طاعته ، بل الأمر الذي صدر من هذا الرئيس هو الذي يجب له الطاعة . وأصبح رقم المادة ١٧١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت كلمة « ظاهري » لأنها تزيد ، وأدجت الفقرة الثانية في الفقرة الأولى بعد أن عدلت على الوجه الآتي : « وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة » . وقد توخيت اللجنة في التعديل ألا تحصل بين شقي الحكم فصلاً يشير في القبح أن الأمر لا يبدو مجرد الإثبات كما كان يفهم ذلك من النص قبل التعديل ، فالواقع أن المسئولية لا ترتفع إلا إذا توافرت جميع العناصر التي يتضمنها النص » . وأصبح رقم المادة ١٦٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٣ — ص ٣٧٦) .

ولم يشتمل التقنين المدني القديم على نص في هذه المسألة ، ولكن القضاء كان يسير على مقتضى هذا الحكم لأخطائه على القواعد العامة (أنظر استئناف مختلط في ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧٤ — وفي ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١) .

ويشتمل تقنين العقوبات على نص يقابل نص التقنين المدني الجديد ، هو المادة ٦٣ ، ويجرى على الوجه الآتي :

« لا جرعة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية : (أولاً) إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة . (ثانياً) إذا حُفِظَ نيته وارتكب فعلاً تنفيذياً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه . وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعية عمله وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة » .

فإطاعة أمر صادر من الرئيس يحل التعدي عملاً مشروعاً بشروط ثلاثة : (أولاً) أن يكون من صدر منه العمل موثقاً عاملاً^(١). (ثانياً) أن يكون قد صدر له أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس ، ولو غير مباشر ، طاعته واجبة عليه . وليس يكفي أن يعتقد الموظف أن طاعة الرئيس واجبة — وهذا ما كان المشروع التمهيدى للتصديق الجليد يكفي به — بل يجب إلى ذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر ذاته الذى صدر إليه من الرئيس واجبة . فقد يصدر رئيس واجب طاعته إلى مرؤوسه أمراً غير واجب الطاعة ، فلا يجوز للمرؤوس في هذه الحالة أن ينفذ هذا الأمر غير المشروع ، وإلا كان تعدياً تترتب عليه مسئولية الموظف . مثل ذلك أن يصدر مأمور المركز أمراً لأحد الضباط بالقبض على متهم وحسه دون أن يستصدر بذلك أمراً من النيابة العامة . (ثالثاً) أن يثبت للموظف أمرين : أولهما أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذى نفذه وأن هذا الاعتقاد مبنى على

== وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وترفع المسئولية كذلك إذا كان العمل الصادر قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى لاختفاء الخطأ في هذه الصورة . ويشغل لإعمال هذا الحكم شرطان : فيجب أولاً أن يكون محدث الضرر موظفاً عادلاً . ويجب ثانياً أن يكون العمل الصادر قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى ولو لم يكن الرئيس المباشر . وعلى من أحدث الضرر أن يقيم الدليل ، لا على اعتقاده وجوب طاعة هذا الرئيس غصب (وقد رأينا أن المشروع التمهيدى جعل الطاعة واجبة أيضاً للأمر الصادر من الرئيس) ، بل وكذلك على اعتقاده وجوب تنفيذ الأمر الصادر منه . وعليه كذلك أن يقيم الدليل على أن اعتقاده هذا كان مبنياً على أسباب مقولة وأنه راعى جانب الحيطة فيما وقع منه » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٣٧٩) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٨ (مطابق) — اللي م ١٧٠ (مطابق) — العراق م ٢١٤ — ٢١٦ (موافق) — اللبناني لا مقابل .

(١) ولما كان التفتيش المدنى القديم لم يشمل على نص في هذه المسألة كما قدسنا ، فقد كان القضاء لا يحيل معة الموظف العام أمراً ضرورياً استئناف مخطط في ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧٤ — محكمة مصر المختلطة في ٩ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٧ رقم ١٨ ص ٢٤) . وكان يبحث هل الوكيل يكون مسئولاً شخصياً وهو ينفذ تعليمات موكله (استئناف مخطط في ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٢ — وفي ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٩) ، وهل مدير الشركة يكون مسئولاً شخصياً وهو ينفذ قرارات مجلس الإدارة (استئناف مخطط في ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٩) ، فكان يقضى بأن هؤلاء يكونون مسئولين متى كانوا يطعنون أن العمل الذى ينفذونه هو عمل غير مشروع .

أسباب معقولة لا على مجرد الظن^(١). والثاني أنه راعى في عمله جانب الحيطة ، فلم يرتكب العمل إلا بعد التثبت والتحرى .

بهذه الشروط وفي هذه الحدود يكون تنفيذ الموظف لأمر غير مشروع علامشروعاً لا يوجب مسئوليته ، وإن كان يوجب بطبيعة الحال مسئولية الرئيس الأمر . وهذا الحكم يمكن تخريجه أيضاً بتطبيق المقياس المجرد ، مقياس السلوك المألوف من الشخص العادى . فإن الشخص العادى إذا وجد في الظروف التي حدثتها الشروط المشار إليها لا يجد بداً من تنفيذ أمر رئيسه ، فالموظف إذن لم يتعرف عن السلوك المألوف ، فلا يكون متعدياً ولا تترتب مسئوليته^(٢).

وما يقال في إطاعة أمر الرئيس يقال أيضاً في إطاعة أمر القانون . فيكفى أن يكون الموظف العام قد اعتقد بحسن نية أنه قام بالعمل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو لما اعتقد أن إجرائه داخل في اختصاصه ، وأن ثبت أن اعتقاده هذا مبني على أسباب معقولة وأنه لم يقدم على العمل إلا بعد التثبت والتحرى ، حتى يكون عمله مشروعاً لأنه لم يتعرف به عن السلوك المألوف للرجل العادى^(٣).

(١) وظاهر أنه لو انضح أن للموظف العام كان يعلم عدم مشروعية العمل التي ارتكبه ، فإنه يكون مسئولاً استئناف مغلط في ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥١ س ٥٢١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم . [وانظر أيضاً قض جئاني ١١/٤/١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض الجنائية — السنة (١١) ص ٣٣٧ رقم ٦٧ — وانظر مارتى وريشو ج ٢ بند ٥٠٥ — دي باج ج ٢ بند ١٠٣٩] .

(٢) أنظر مازو ١٠١٧ فقرة ٤٩٧ . [وانظر دي باج ج ٢ بند ١٠٣٩ حيث يشير إلى فكرة الإكراه الأدبي التي يحو حرية الاختيار في حالة تنفيذ الأوامر] .

(٣) أنظر المادة ٦٣ من قانون العقوبات الفقرة (ثانياً) — وانظر في الموضوع : استئناف مغلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦٦ س ١٠٦ .

هذا وإذا كان الأمر الصادر من رئيس إدارى يجعل العمل مشروعاً ، فإن الترخيس الإدارى لا يفي من المسئولية المدنية . فإذا حصل صاحب المصنع على رخصة إدارة مصممه بعد استيفائه الشروط المقررة ، فإنه يبقى مسئولاً إذا أضر الغير بمطبخه ، ولا يستطيع أن يدفع مسئوليته بأنه حصل على ترخيص إدارة والمصنع واستوفى الشروط التي طلبتها الإدارة (تمازو ١٠١٧ فقرة ٤٩٨) .

٥٣٤ — **حالة الضرورة** : نصت المادة ١٦٨ من القانون المدني الجديد على أن « من سبب ضرراً للغير ليتقاض ضرراً أكبر ، محققاً به أو يثيره ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً » (١) .

[وانظر في هذا المعنى أيضاً : بيدان ج ٩ مكرر بند ١٤٠٣ — ومارتو وريزو ج ٢ ص ٤٨ مالمش (١) والأحكام المشار إليها] .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٢٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « من سبب ضرراً للغير ، وفاة نفسه أو لغيره من ضرر عمق يزيد كثيراً على الضرر الذى سببه ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضي مناسباً » . وأقرت لجنة المراجعة هذا النص ، وأصبح رقم المادة ١٧٢ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدل النص حتى أصبح مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٦٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٧ — ص ٣٨١) . وانظر أيضاً فى هذه المسألة المادة ٧٧ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادة ٢٢٧ من القانون الألمانى ، والمادة ٥٧ فقرة ٢ من قانون الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٣٠ من القانون البولونى .

ولم يشتمل القانون المدنى القديم على نص يقابل هذا النص فى القانون المدنى الجديد . ولكن تقنين العقوبات تضمن النص الآتى :

م ٦١ عقوبات : « لا عقاب على من ارتكب جريمة الجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو يثيره ، ولم يكن لإرادته دخل فى حوله ولا فى قدرته منه بطريقة أخرى » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وراعى أخيراً أن حالة الضرورة قد تستعجى من المسئولية أو هيئها . فهي تؤدى إلى التخفيف إذا لم يكن للضرر نصيب فى قيامها . وظل عمدت الضرر مسئولاً فى هذه الحالة ، ولكنه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضي مناسباً ، باعتبار أنه أُلجئ إلى ارتكاب الفعل الضار وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر عمق أشد خطراً . فهو من هذه الناحية أيسر توبة وأخف وزراً . أما الغير الذى وقع الضرر وقاية له فيكون مسئولاً قبل عمدت الضرر أى قبل الضرر وفقاً لقواعد الإجراء بلا سبب . ويبقى التعرض ، فى هذا المقام ، فى التفرقة بين حالة الضرورة وبين القوة القاهرة من ناحية ، وبين هذه الحالة وحالة الدفاع الشرعى من ناحية أخرى . فى حالة الضرورة يكون لمحدث الضرر مندوحة عن إحداثه لو أنه وطئ نفسه على تحمل الضرر الذى كان يتهدده . أما القوة القاهرة فهي على التيقن من ذلك تلجئ إلى الإضرار لجاء لا قبل للفاعل بدفعه . ثم إن الخطر الدائم الذى يهدد إلى توقيه فى حالة الضرر لا يكون للضرر يد وإحداثه يختلف عن ذلك وضع الضرر فى حالة الدفاع الشرعى ، فهو بذاته عمدت ذلك الخطر . ويضرب على ما تقدم أن حالة الضرورة قد تختلط بحالة الدفاع الشرعى إذا كان الفعل الضار لم يدفع إليه خطر خارجى » .

فالشروط التي يتطلبها النص حتى تتحقق حالة الضرورة هي : (أولاً) أن يكون الشخص الذي سبب الضرر ، هو أو غيره ، مهدداً بمخطر حال . ولا فرق بين خطر يهدد النفس وخطر يهدد المال من حيث المسؤولية المدنية . أما المسؤولية الجنائية فلا ترتفع إلا إذا كان الخطر يهدد النفس (م ٦١ عقوبات) . (ثانياً) أن يكون هذا الخطر الحال مستنداً إلى جرم ، فلا يد فيه لمن سبب الضرر ولا لمن وقع عليه الضرر . فإذا كان الخطر مصدره من سبب الضرر فإن إلحاقه الضرر بالغير لكي يمتنع خطر هو الذي جلبه على نفسه يعتبر تعدياً يوجب مسئوليته كاملة^(١) . وإذا كان الخطر مصدره هو من وقع عليه

== وإنما استلزمه خطر صادر من الضرر نفسه . ففي مثل هذه الحالة تنتفي المسؤولية بتماماً ، ويكون للضرر حكم الدفاع الشرعي من هذا الوجه . وقد لمح التقنين الألماني هذه التفرقة ، فنص في المادة ٢٢٨ على أن « كل من أظلم أو خرب شيئاً مملوكاً للغير فله خطر يهدده أو يهدد غيره من جراء هذا الشيء لا يعد بذلك مخالفاً للقانون ، متى كان الإظلام أو التخريب قد استلزمه دفع الخطر وكان الضرر متناسباً مع هذا الخطر . فإذا كان الفاعل قد أحدث الخطر بنفسه سئل عن تعويض الضرر » . وقد اتبع التقنين البولوني هذه التفرقة نفسها مع اختلاف في التعبير ، فنص في المادة (١٤٠) على أن « كل من خرب أو أظلم شيئاً مملوكاً للغير أو قتل أو جرح حيواناً مملوكاً للغير وقاية لنفسه أو لغيره من خطر يهدده أو يهدد هذا الغير مباشرة من جراء هذا الشيء أو ذاك الحيوان لا يسأل عما يحدث من ضرر ، إذا كان لم يستجب هذا الخطر ، وكان الفعل الذي ترتب عليه الضرر لازماً » . ويلاحظ أن التقنين المتقدم ذكرهما يفرقان بين حالة إحداث الخطر من جراء شيء يملكه المضرور وبين حالة إحداث الخطر خطأ من وقع الضرر منه . ففي الحالة الأولى تنتفي المسؤولية بتماماً ، في حين أنها تظل في الحالة الثانية كاملة غير منقوصة . على أن المشروع قد عرض لحالة أدق من الحالتين السابقتين ، فواجه صورة من صور الخطر تنجم عن ظروف خارجية لا يكون لمحدث الضرر أو المضرور يد فيها ، وقضى بتخفيف المسؤولية في هذه الصورة عوضاً عن الإبقاء عليها أو إلغاؤها . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣٧٩ — ص ٢٨٠) .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٦٩ (مطابق) الليبي ١٧١ (مطابق) — العراق م ٢١٣ (موافق) اللبناني لا مقابل .

أنظر في حالة الضرورة : ملزو ١ فقرة ٤٩٢ — فقرة ٤٩٥ — ديموج ٣ فقرة ٢٤٠ و ٦ فقرة ٦٢٨ وما بعدها — سافاتييه ١ فقرة ٩٨ وما بعدها ، وكذلك مقالته نشر في مجموعة من الدراسات في القانون المدني لذكرى كاييتان ص ٧٢٩ وما بعدها — ريبير في القواعد الأدبية في الالتزامات المدنية فقرة ٤٦ — بلايول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٦٧ — لالو فقرة ٣٠٢ وما بعدها — لالان Lallement رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — أبوف About رسالة من باريس سنة ١٩٤١ — ستارك Starck رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ ص ٩٧ إلى ١١٦ .

(١) [قضت محكمة القضاء بأن حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية هي التي تحيط بشخص وتندفعه إلى الجرمية ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر تجسم على النفس على وشك الوقوع به أو بشيء ولم يكن ==

الضرر ، فإن دفع الخطر ولو بإلحاق ضرر بمن كان مصلداً لهذا الخطر يعتبر دفاعاً شرعياً يعفى من المسؤولية أصلاً . (ثالثاً) أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع . ونرى هنا وجوب التمييز بين فروض أربعة : الفرض الأول أن يكون الضرر الذى وقع لا يعد شيئاً مذكوراً بجانب الخطر المراد تفاديه . فالشخص الذى يخشى الفرق لا يحجم عن إتلاف مال زهيد القيمة ، كأن يقطع شجرة مملوكة للغير يمسك بها حتى ينقذ نفسه من الفرق . فإذا ارتفع الخطر إلى هذا الحد من الجسامة ، ونزل الضرر إلى هذا الحد من التفاهة ، أمكن القول إن الخطر هنا يعد قوة قاهرة تنفى المسؤولية بتاتاً ، فلا يرجع صاحب الشجرة بدعوى المسؤولية التقصيرية ، وكل ما يرجع به هو دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها . والفرض الثانى أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع ، وهذا هو الفرض المألوف فى حالة الضرورة . فالشخص الذى يستولى على دواء لا يملكه ، يعالج به نفسه من مرض دمه ، يتفادى خطر المرض ، وهو فى المادة أشد بكثير من الخسارة التى تصيب صاحب الدواء . ولم يبلغ الخطر منزلة القوة القاهرة — ومن ثم وجب التفريق بين القوة القاهرة وحالة الضرورة — ولكن المريض الذى استولى على الدواء يعتبر فى حالة ضرورة ملحة تعفيه من المسؤولية التقصيرية ، وإن كانت لا تعفيه من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والفرض الثالث أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذى وقع ، ولكنه لم يبلغ حد القوة القاهرة ولا حد الضرورة الملحة . فالشخص الذى يتلف مالا للغير ذا قيمة لا يستهان بها ، ليطفىء حريقاً شبت فى داره ، لا يعفى من المسؤولية التقصيرية جملة واحدة . وتقدر الضرورة بقدرها ، فيلزماً للقاضى بتعويض مناسب ، أى بتعويض مخفف ، عن المسؤولية التقصيرية — وهذا ما يقضى به النص صراحة — إلى جانب رجوع صاحب المال عليه بدعوى

== لإرادته دخل فى حله . من المسلم أنه ليس للانسان أن يرتكب أمراً محرماً ثم يتلافى جريمة فى سبيل النجاة مما أحدثه يده : قضى جنائى فى ١٣ / ٣ / ١٩٦١ مجموعة أحكام التقض الجنائية السنة ١٢ ص ٣٣٠ رقم ٦٣ — وأظن أيضاً بىدان ج ٩ مكرر بند ١٤٠٩ إلى بند ١٤١١ — دى باج بند ١٠٤٠ — ومارتى وريزو بند ٥٠٧] .

الإثراء بلا سبب . والفرض الرابع أن يكون الخطر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذى وقع ، أو دونه فى الجسامة . وفى هذه الحالة لا يجوز لشخص أن يلحق بغيره ضرراً ليتفادى خطراً لا يزيد على هذا الضرر . ومن قبل ذلك كان متمدياً ، وتحققت مسئوليته التقصيرية كاملة^(١) . ونحن فى التمييز ما بين هذه الفروض الأربعة إنما نقيس المسئولية بمقياسها المجرد ، وهو السلوك المألوف للشخص العادى ، فحيث وقع انحراف عن هذا السلوك قامت المسئولية^(٢) .

ولم يقع انحراف فى الفرضين الأول والثانى ، لذلك لم تهم المسئولية . ووقع انحراف فى الفرض الثالث ، ولكن خفف منه قيام الضرورة ، فجاء النص مخففاً للمسئولية . ووقع الانحراف كاملاً فى الفرض الرابع ، لم يخفف منه ضرورة تبرره ، فكانت المسئولية من أجل ذلك مسئولية كاملة^(٣) .

(١) قضى أول فبراير سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٧ رقم ٤٨٨ من ٩٦٣ - وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ الحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ من ٤٦٨ .

(٢) [أنظر أيضاً فى هذه الفروض المختلفة : بيدان ورودير ج ٩ مكرر بند ١٤١٠ و ١٤١١ -] .

(٣) بقيت مسألة أخيرة فى ركن التمسى ، هى المقارنة ما بين وضعين لا تتحقق المسئولية فى أى منهما مع أنها وضمان مختلفان . فهناك وضع لم يتم فيه ركن التمسى فأتى الخطأ ، ووضع انحفت فيه علاقة السببية لقيام السبب الأجنبى . ويخطئ من يظن أن هذين الوضعين متماثلان . لا شك فى أن قيام السبب الأجنبى تنفى به المسئولية ، فلا عمل عندئذ للبحث عما إذا كان هناك خطأ ، فهو حتى إذا كان موجوداً لا تتحقق به المسئولية . ولكن العكس غير صحيح . فإن السبب الأجنبى إذا لم يتم ، بقى عمل للبحث هل الخطأ متف أو موجود .

وظاهر الأهمية العملية لما تقررته فى حالة ما إذا كان الخطأ مفروضاً قابلاً لإثبات العكس ، كما فى مسئولية من تولى الرقابة على الغير . فإن المسئول فى هذه الحالة لا يطلب منه إثبات السبب الأجنبى (*cause étrangère*) ، بل يمكن أن يثبت انتهاء الخطأ (*absence de faute*) . وهذه مرحلة أيسر فى الإثبات إذ يستطع من فرض فى جانبه الخطأ أن يثبت أن الطريق الذى سلكه لم ينحرف فيه عن الطريق المألوف الذى يسلكه الشخص العادى ، وبذلك ينتفى الخطأ . أما من يثبت السبب الأجنبى فإنه يثبت أن الطريق الذى سلكه هو الطريق الوحيد الذى كان يتعم عليه أن يسلكه . والفرق ظاهر بين الوضعين .

فانتهاء النشأ هو إذن مرحلة وسلى بين مرحلتين : وقوع الخطأ وقيام السبب الأجنبى (أنظر مازو ٩ فقرة ٦٢٤ - فقرة ٦٢٣) . [وقارن بيدان ورودير ج ٩ مكرر ص ٤٦ بند ١٤١٤] .

§ ٢ - الركن المعنوى : الإدراك

٥٣٥ - مناط المسؤولية التمييز : الإدراك هو الركن المعنوى فى الخطأ . فلا يكفى ركن التمدى ليقوم الخطأ ، بل يجب لقيامه أن يكون من وقت منه أعمال التمدى مدركا لها . ولا مسئولية دون تمييز . فالصبي غير المميز ، والمجنون ، والمعتوه عنها تماماً . ومن فقد رشده لسبب عارض كالسكر والقيوبة والمرض . والنوم تفويكاً مغنطيسياً ، والصاب بمرض النوم ، كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم^(١) . وهذه مسألة كاد الإجماع ينقذ عليها منذ تقرر فى القانون الرومانى ، وانتقلت منه إلى المصور الوسطى ، ومن هذه إلى المصور الحديثة . واعتبر سقوط المسؤولية عن عدم التمييز من الناحيتين الجنائية والمدنية معاً خطوة خطاها القانون إلى الأمام .

٥٣٦ - ركن الإدراك يعنى الخطأ عن هرم التمييز : ولكن تيار النظرية المادية فى المسؤولية التقصيرية ، وهى النظرية التى تبني المسؤولية على تحمل التبعة لا على الخطأ ، بدأ فى العهد الأخير يبعد إلى ميدان البحث مسئولية عدم التمييز . فأنصار النظرية المادية يقولون بالمسئولية حتى إذا انعدم التمييز ، فغير المميز إذا لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ يستطيع إحداث الضرر . والمسئولية عندهم إنما تقوم على الضرر^(٢) . ونوا على التمسكين بالخطأ أساساً للمسئولية أن منطقهم يستلزم عدم المساحة إذا انعدم التمييز ، وأشاروا إلى حالات يكون من القسوة فيها ألا يموض عديم التمييز إذا كان واسع الثراء ما أحدثه من ضرر جسم فقير معدم . فمد بعض أنصار المسئولية البنية على الخطأ إلى تعديل موقفهم من عديم التمييز . ورأوا فى للقياس الجرد الذى اتخذوه معياراً للتمدى ما ظنوه يمينهم على القول بمسئولية عديم التمييز فى نطاق الخطأ . فقالوا إن عديم التمييز ليس قادراً بحسب على

(١) [انظر فى هذا الموضوع : دى باج ج ٢ بند ٩١٣ وما بعده - بيدان ورودير ج ٩ مكرر بند ١٤٠٧ - مارتى وريونج ٧ بند ٤٠١ - ٤٠٢ وما بعدها]

(٢) [انظر دى باج ج ٢ بند ٩١٥ ص ٨٣٤ - مارتى وريونج ج ٢ ص ٣٩٢ هامش رقم (١)] -

إحداث الضرر ، بل هو أيضاً قادر على ارتكاب الخطأ إذ الخطأ عندهم له ركن واحد هو التمدى . والتمدى له هذا المقياس الجرد الذى سبق بيانه . وعديم التمييز ، صغيراً غير مميز كان أو مجنوناً أو معتوهاً أو غير ذلك . إذا قيس سلوكه بالسلوك للألوف للشخص العادى ، بدا انحرافه . ووضح شذوذه . ولم يدع مجالاً للقول بأنه يتصرف تصرف المميزين . فهو إذا صدر منه عمل يضر بالغير . كان العمل تعدياً يستوجب المساءلة . أما انعدام التمييز فهو ظرف داخلى شخصى لا يجوز أن يقوم له اعتبار . وقد تقدم أنه يجب تجريد الشخص العادى الذى جعل مقياساً للتمدى من جميع الظروف الداخلية الشخصية .

ونبادر إلى القول إنه حتى لو قيل إن الخطأ ليس له إلا ركن واحد هو ركن التمدى . فإن المقياس الجرد لهذا الركن لا يسف في نظرنا القائلين بمسئولية عديم التمييز . فقد قدمنا أنه لا يصح اعتبار ظرف عام تشترك فيه طائفة من الناس ظرفاً داخلياً خاصاً بكل فرد من أفراد هذه الطائفة . عند تقدير ما يصدر عادة من هذه الطائفة من أعمال . فالصبية والنساء والرفيون مقياسهم الجرد ، في الأعمال التى تصدر منهم في العادة ، لا يتجرد من عوامل السن والجنس والحالة الاجتماعية . ومقياس كل طائفة من هؤلاء شخص من أوسطهم ينتمى إلى الطائفة بالذات ، فلا يتجرد من المميز العام لهذه الطائفة . وإن تجرد من الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بفرد منها بعينه . كذلك عديمو التمييز هم أيضاً طائفة من الناس تشترك في مميز عام هو انعدام التمييز ، فلا يجوز أن يتجرد مقياسهم من هذا المميز في تقدير الأعمال التى تصدر منهم في العادة . ولما كان عديمو التمييز لا يتصور فيهم أن يتصرفوا تصرف المميزين . فإن كل عمل يصدر منهم ، مهما كان غريباً شاذاً ، يدخل ضمن أعمالهم المعتادة ، ويجب ألا يتجرد للقياس فيه من عامل انعدام التمييز^(١) . فلذا قيس

(١) فالجائين مقياسهم الجرد ، فيما هو من أعمال الجائين ، مجنون منهم تأس تصرفاته إلى تصرفاتهم . وبلا حظ أن كل عمل يصدر من المجنون يتبر من أعمال الجائين ، وأن الجائين سواسية في انعدام التمييز ، فأى مجنون يصلح أن يكون هو القياس الجرد .

سنوكلهم فى أى عمل يصدر منهم إلى السلوك المألوف من شخص عديم التميز . فان هذا السلوك لا يتعرف عن مقياسه ، ولا يعتبر تمدياً . وعلى هذا الوجه يكون عديم التميز غير مسئول .

هذا كله لو قيل إن الخطأ لا ينطوى إلا على ركن التمدى . والصحيح فى نظرنا أن للخطأ ركنًا آخر هو ركن الإدراك . ولا تزال المسئولية المدنية ، مهما جردناها من العوامل الأدبية ، مرتبطة بهذا العامل الأدنى لا يجوز أن تنفك عنه . ففى تقوم على التميز . والشخص الذى لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا يجوز مساءلته لأدبياً ولا جنائياً ولا مدنياً ، ما دامت المسئولية تقوم على الخطأ . وهذا هو فضل النظرية الشخصية . ففى تربط المسئولية بالخطأ ، وتربط الخطأ بالتمييز ، فتشيع فى المسئولية عاملاً أدبياً لا يجوز الاستغناء عنه . إذ هو عنصر ذاتى يخفف من حدة العنصر الموضوعى الذى يهيمن على مقياس الشخص المجرد^(١) .

ويبقى أخيراً أن نلاحظ أن التميز فى المسئولية التقصيرية لا يكيف على أنه أهلية يجب توفرها ، كالأهلية فى المقد ، إنما التميز هو ركن الإدراك فى الخطأ ، وبدونه لا يكون التمدى خطأ . وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام فى الأهلية .

ونستعرض الآن ركن الإدراك فى الشخص الطبيعى ، ثم فى الشخص المعنوى .

(١) أنظر بلاتويل وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٦٨ — كولان وكابيتان ص ٢٢٢ — ٢٢٤ — بلاتويل وريبير وإسمان ١ فقرة ٤٩٨ — الموجز للمؤلف ص ٣٢٥ — ٣٢٧ — مصطفي مرعى ص ٤٩ — ص ٥٢ — الدكتور أحمد حشمت أبو سقيت : نظرية الالتزام طبعة ١٩٤٥ ص ٣١١ — ص ٣١٣ — ومصادر الالتزام طبعة ١٩٥٤ بند ٤٤٢ ص ٤١٩ وما بعدها — أنظر عكس ذلك مازو ١ فقرة ٤٥٦ وما بعدها — الدكتور سليمان مرقس فى الفصل الضار ص ٣٥ — ص ٣٧ — ومع ذلك أنظر ص ٦٤ الدكتور عبد المطلب خيال مذكرات غير مطبوعة مشار إليها فى مؤلف الدكتور حشمت أبو سقيت طبعة ١٩٤٥ ص ٣١٢ هامش رقم (١) . — هذا وقد بينا ما ينطوى عليه مقياس الفحص المجرد من تسليم جزئى بحمل التبعة ، فلو قلنا بمسالة عديم التميز ، لسلنا بالنسبة إليه بنظرية تحمل التبعة تسليمًا كاملاً .

(١) الشخص الطبيعي :

٥٣٧ — النصوص القانونية: نصت المادة ١٦٤ من القانون المدني الجديد على

ما يأتي :

« ١ — يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز » .

« ٢ — ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز المصوم^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١ — يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ، حتى لو لم يكن أهلاً للمعاقلة . ٢ — إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، وتعذر رجوع المصاب بالتعويض على من نيطت به الرقابة على هذا الشخص ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز المصوم . ٣ — إذا أحدث شخص ضرراً في وقت فقد فيه التمييز التزم بتعويض الضرر ، ما لم يثبت أنه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه » . وفي لجنة المراجعة اقترحت تعديلات لفظية ، واقترحت أيضاً تعديل عبارة « تعذر الرجوع على المسئول » بعبارة « تعذر الحصول على تعويض من المسئول » حتى يتبين بوضوح أن التعذر ينصب على جواز الرجوع قانوناً وعلى إمكان الحصول على التعويض فعلاً . ونوقشت الفقرة الأخيرة من المادة ، ورؤي بعد المناقشة أن تحذف هذه الفقرة لعدم الحاجة إليها ، ولأنها لو أقررت لوجب البحث في الحالة التي يفقد الشخص التمييز فيها بغير خطأ منه فيما إذا كان هذا الشخص يبقى مسئولاً بمقتضى الفقرة الثانية ، وقد رأت اللجنة أن المشوالية تنفي في هذه الحالة ولكن كل ذلك يستفاد من تطبيق القواعد العامة فلا حاجة إلى هذه الفقرة الأخيرة . وقد أصبح نص المادة بسبب هذه التعديلات كالآتي : « ١ — يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ولو لم يكن أهلاً للالتزام بالقد . ٢ — ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولو لم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز المصوم » . وأصبح رقم المادة ١٦٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة .

وفي لجنة القانون المدني يجلس الصيوخ حذف من الفقرة الأولى عبارة « ولو لم يكن أهلاً للالتزام بالقد » لأنها تزيد لا تنقص ضرورة (المؤلف : ويمكن القول بأن في هذا الحذف تجنباً للخلط بين الأهلية وركن الإدراك في الضرر) . ووافقت اللجنة على الفقرة الثانية ولو أن حكمها يخالف للقواعد المعمول بها ، وإنما تفتى به العدالة ، وله سند من الفريعة الإسلامية . إذ جاء في المادة ٩١٦ من المجلة ما يأتي : =

« وإذا أتلّف صبي مال غيره فإلزم الضامن من ماله ، فإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ، ولا يضمن عليه . ولا اعترض في اللجنة على التمييز بتمويض عادل » أوجب على هذا الاعتراض بأن مبدأ مسئولية الصبي غير المميز مأخوذ من الصرامة الإسلامية ، وهو في الواقع مبدأ جديد على القانون المدني ، والتمويض العادل أريد به أن يكون أقل من التمويض العادي وأن تراعى فيه اعتبارات قد لا تراعى في التمويض العادي . فوافقت اللجنة على إبقاء التمييز كما هو . وأصبح رقم المادة ١٦٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ٣٥٦ — س ٣٦١) .

وفي التقنين المدني القديم نصت المادة ٢١٢ من القانون المختلط على ما يأتي : « كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتمويض الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنة أو لأي سبب آخر » .

أظهر أيضاً المادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٥٤ من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين ١٣٨ و ١٤٣ من تقنين الالتزامات البولوني والمادة ١٧٢ الفترتين الثانية والثالثة من التقنين اللبناني .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « جعل التمييز منوطاً للأهلية (المؤلف : وقد بينا عدم الدقة في هذا القول) في المسئولية التوضيرية . ففى كان الشخص قادراً على تمييز الخير من الشر وجبت مساءلته عن خطئه ، ففرج الأمر في هذا الشأن فكرة ذاتية أو شخصية بناط بها الحكم ولو وقع العمل الضار بعد فقد التمييز بصورة موقوتة متى كان هذا الفقد راجعاً إلى خطأ الفاعل ، ويصين على عمد الضرر ، إزاء ذلك ، أن يقيم الدليل على أن زوال التمييز طرأ عليه بغير خطأ منه إذا أراد أن يدفع المسئولية عن نفسه . فالخطأ يفترض في هذه الحالة ، والضرر لا يأتي إلا في المرتبة الثانية من حيث تسلسل النتائج ووصل رباط السببية بها ، إذ هو نجم عن فقد التمييز وهذا بدوره يترتب على الخطأ . وقد أورد التقنينان التونسي والمراكشى تطبيقاً لهذا الحكم فصفا في المادتين ٩٣/١٠٢ على أن (حالة السكر لا ترفع المسئولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن المنح وأشباهها ، متى كانت هذه الحالة اختيارية . وترفع المسئولية إطلاقاً إذا كان السكر غير اختياري ، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعى عليه) . ويختلف عن ذلك حكم زوال التمييز بغير خطأ ممن أحدث الضرر . إذ تستبدل بذلك الفكرة القانية فكرة موضوعية أو مادية . وإذا كانت المسئولية تظل قائمة في هذا الفرض فهي مسئولية مخفية . وعلى هذا النحو تستأثر المسئولية الموضوعية أو المادية بالصدارة على المسئولية الشخصية أو القانية دون أن تحل محلها على وجه كامل . فلا ترتب مسئولية من زال عنه التمييز إلا بتوافر شرطين : أولهما أن يصدر عن صاحب الرجوع بالتمويض على من ينط به الرقابة على من أحدث الضرر ، إما لعدم إقامة الدليل على مسئولية وإما لإحصاره . والثاني أن يسمح مركز المحصون للقاضي بأن يقرر للضرر تمييزاً مادلاً . فيجوز رفض الحكم بالتمويض إذن ، إذا لم يكن غير المميز قادراً على أدائه ، بل ويجوز عند الاقتدار لحاقس التمويض عدالة حتى يكون في حدود ستمه . ويراعى في ذلك كله مركز الضرر نفسه من التلحية المادية وجسامة الخطأ (؟) ومدى الضرر » . (مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ٣٥٧ — س ٣٥٨) .

وقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٦٥ (مطابق) — الليبي م ١٦٧ (مطابق) — العراق م ١٩١ (مقارب) — اللبناني م ١٧٢ (موافق) .

٥٣٨ - التمييز ضرورى وهو فى الوقت ذاته يكفى - عديم التمييز: فالأصل إذن أن الشخص ، حتى يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية ، يجب أن يكون مميزاً . والتمييز ضرورى ، وهو فى الوقت ذاته يكفى . أما أنه يكفى فيظهر ذلك فى أن الصبي المميز يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية كاملة دون حاجة إلى أن يكون قد بلغ سن الرشد . وأما أنه ضرورى فيظهر ذلك فى أن الشخص غير المميز لا يكون مسئولاً عن أعماله الضارة ، لأن الإدراك ركن فى الخطأ . فلا خطأ من غير إدراك . وهذا الحكم ينطبق على كل شخص غير مميز ، أياً كان السبب فى انعدام التمييز .

فالصبي غير المميز . وهو الذى لم يبلغ السابعة من عمره^(١) ، لا تصح مساءلته مساءلة تقصيرية . أما من بلغ السابعة فيفرض فيه التمييز وتصح مساءلته حتى يقوم الدليل على انعدام التمييز فيه لمرض عقلى أو لسبب عارض .

كذلك المجنون^(٢) لا تصح مساءلته^(٣) . ويفرض فى المجنون استصحاب حالة الجنون . إلا أن يقوم الدليل على أنه ارتكب العمل الضار وهو فى لحظة من لحظات الإفاقة (intervalles lucides) .

والمعتوه عنها كاملاً عديم التمييز فلا تصح مساءلته . أما المعتوه المميز فتجوز مساءلته حتى لو كان محجوراً لتوافر ركن الإدراك فيه .

أما ذو الفعلة والسفيه ، ولو كانا محجوزين ، والأسم والأبكم والأعمى ، ولو تعين لواحد منهم مساعد قضائى طبقاً لأحكام المادة ١١٧ من التقنين المدنى الجديد ، فتجوز مساءلتهم

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من التقنين المدنى الجديد على أن « كل من لم يبلغ السابعة يعتبر ناقلاً للتمييز » .

(٢) أظن فى مسئولية المجنون: ويتر Weens مقال له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٥ ص ٨٧ - نبجي Neagu رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - ليوموزونو Edmoulineau رسالة من ديجون سنة ١٩٣٧ [وأظن مارنى وريجو ج ٢ ص ٣٩٧ هامش ٥] .

(٣) استثناف مختلط فى ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٤١ .

جميعاً ، لأنهم يدركون ما يصدر عنهم من أعمال ، ويميزون بين الخير والشر^(١).

وتنتفي المسؤولية حتى لو كان انعدام التمييز يرجع إلى سبب عارض يزول ، كالنوم نوعاً مغنطيسياً والمصاب بمرض النوم والمدمن على السكر أو المخدرات والمصاب بالصرع ونحو ذلك . فحتى ثبت أن الشخص الذي ارتكب العمل الضار كان فاقد الوعي أو منعدم التمييز وقت ارتكابه لهذا العمل ، فإنه لا تصح مساءلته لأن ركن الإدراك غير قائم .

٥٣٩ - نطاق انعدام المسؤولية لا ينعراض التمييز : وانعدام المسؤولية لانعدام التمييز ذو نطاق ضيق . إذ يجب لانعدام المسؤولية أن يكون الشخص قد انعدم فيه التمييز انعداماً تاماً بغير خطأ منه وأن يكون عديم التمييز هو المسئول وحده عن خطأ غير مفروض . ويترتب على ذلك ما يأتي :

(أولاً) ما سبق أن قلناه من أن المقنن المميز وذا العقلة وغيرهما من ناقصي التمييز تصح مساءلتهم لأن التمييز فيهم لم ينعدم انعداماً تاماً .

(ثانياً) إذا كان انعدام التمييز لسبب عارض ، كالخمر والمخدرات ونحو ذلك . فإن عديم التمييز لا تنتفي مسؤوليته إلا إذا كان سبب انعدام التمييز لا يرجع إلى خطأ منه . فإذا ثبت أن من فقد التمييز لسكر أو لخدع كان يعلم أن السكر أو الخمر يفقده التمييز ، فإنه يكون مسئولاً عن عمله حتى لو ارتكبه وهو فاقد الوعي . وفقد التمييز لسبب عارض هو الذي يحمل عبء الإثبات ، فعليه أن يثبت أنه فقد التمييز بغير خطأ منه ، ولا يكلف المضرورة أن يثبت أن فقد التمييز كان بخطأ من المسئول^(٢).

(١) استئناف مخطوط في ٦ أبريل سنة ١٨٨٢ بوريل م ٢١٣ رقم ١١ .

(٢) رأينا أن المصروع التهيدى تضمن نصاً يقضى بأن فقد التمييز لسبب عارض هو الذي يثبت أنه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه . وقد حذف هذا النص في المصروع النهائي اكتفاءً بتطبيقات القواعد العامة . ونرى أن الأصل في اللبث أنه إذا فقد التمييز لسكر أو لخدع يكون قد عرف ذلك في نفسه من قبل ، فإقدامه على السكر والمخدرات يعد خطأ منه ، إلا إذا أثبت أنه كان مضطراً أو أنه لم يسهق في نفسه من قبل أن يفقد الوعي . ويترتب على ذلك أن المصاب بمرض النوم أو الصرع =

(ثالثاً) ويجب لاندغام المسؤولية أن يكون عديم التمييز في مكان السئول . فإن كان في مكان الضرر ، ونسب إليه إهمال ساعد على وقوع الضرر ، فلا يرى القضاء المصري في بعض أحكامه أن يبيط هذا الإهمال من اعتباره عندما يزن المسؤولية ، بل يعتبر أن هذا الإهمال هو خطأ من المضرور عديم التمييز يستوجب تخفيف المسؤولية طبقاً لقواعد الخطأ المشترك^(١) .

(رابعاً) ويجب أن يكون عديم التمييز في مكان السئول وحده . فإذا وجد سئول عنه كالأب أو للـم أو نحو ذلك^(٢) ، فلا بد من نسبة الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق بذلك مسؤولية السئول عنه ، ويكون هذا مسئولاً عن خطأ الغير لا عن خطئه الشخصي . وسيتأتى بيان ذلك بتفصيل أوفى .

(خامساً) ويجب أخيراً ألا تكون مسؤولية عديم التمييز قائمة على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . فإن كان عديم التمييز مسئولاً عن تابه أو عن أشياء في

== لا حاجة به أن يثبت أن فقد التمييز لم يكن بخطأ منه ، فإن أمره واضح . وكثير من التقنيات الحديثة تقرر المسك الذي تضمنه النص المحذوف من المرسوم التمهيدى : أظـر م ١٠٢/٩٣ من التقنين التونسي والرا كفى وللمادة ٥٤ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ١٣٨ من تقنين الالتزامات البولونى .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خطأ مشترك من سائق السيارة وهو يسير بسرعة ومن جهة التمال ومن الضرور وهو طفل صغير سنة ست سنوات وقد تركه أبوه في الشارع فدممته السيارة ، فإن مسؤولية السائق (ومخدومته) تنزل إلى النصف باعتبار أن هناك خطأ مشتركاً من السائق ومن والد الطفل الذى ترك طفله في الشارع (استئناف غنطط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٨ — وأظـر أيضاً استئناف غنطط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧٤ — وفي ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تبين أن حادثة ما ترجع إلى خطأ مشترك بين سائق الترام والمصاب ، وكان المصاب المنسوب إليه الخطأ سبباً غير مميز ، فإن شركة الترام وسائقها يبالان متضامنين قبل المصاب (الطفل) عن التوضيح كاملاً ، ولا يخفف من مسئوليتها ما هو منسوب للصغير من الخطأ ، لأن الخطأ لا تصح نتيجه له . والمفكره إذا شئت أن ترجع على والد الصغير بمقتضى قواعد التضامن (استئناف غنطط في ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٦) . أظـر في فقد هذا المسك الأخير مصطنع مرعى في المسؤولية المدنية فقرة ٦١ . ونرى أن عمل الطفل إذا لم يعتبر خطأ فهو على كل حال عمل ماذى يجب مراعاته عند تقدير خطأ السئول .

(٢) وهذا هو التالب ، لأن عديم التمييز يكون عادة في كفالة شخص يراقبه ويكون مسئولاً عنه . ومن ثم تخف في العمل حدة انتفاء المسؤولية عند انضمام التمييز .

حراسته كحيوان أو آلة ميكانيكية ، وأخذنا بالرأى الذى يقول إن المسؤولية فى هذه الحالة تقوم على خطأ متفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، فإن الخطأ للفروض يكون قائماً فى جانب عديم التمييز ، ولا يفتيه انعدام تمييزه . مثل ذلك الصغير غير المميز يكون مسئولاً عن هم فى خدمته مسئولية التبوع عن التابع ، وقد فرض الخطأ فى جانبه ولو أنه عديم التمييز^(١).

٥٤٠ — مسؤولية عديم التمييز فى حالات استثنائية : ثم إن التفتين الجديد قد تدارك ما قد ينجم من ضرر من وراء انتفاء المسؤولية لانعدام التمييز حتى فى هذا النطاق الضيق الذى رسمنا حدوده فيما تقدم . فقضى فى الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ بأنه « إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو نذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا فى ذلك مركز المصوم ».

ونبادر إلى القول بأن مسؤولية عديم التمييز هنا لا يمكن أن تكون مبنية على خطأ . فإلخاطأ كما قلنا ركنه الإدراك . وعديم التمييز لا إدراك عنده . وإنما تقوم المسؤولية فى هذه الحالة على تحمل التبعة . فالشخص غير المميز ، بالشروط التى وردت فى النص ، يتحمل تبعه ما يحدثه من ضرر . ولذلك جاءت مسئوليته مشروطة ومخففة .

(١) وقد قضت محكمة النفس بما يأتى : « حيث إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) ، إذ نصت بصفة مطلقة على أنه يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ عنه عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم فى حال تأدية وظائفهم ، قد أفادت أنه لا يجب ثبوت أى تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض ، بل يمكن تطبيقها أن يقع الخطأ المتبع للضرر من التابع أثناء تأدية وظائفه ، فصح إذن مساءلة القاصر بناء عليها عن تعويض الضرر الذى يفتش من أعمال خدمة الذين عينهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يمتنع للسائل فى هذه الحالة أن يرد على ذلك بأنه هو بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يمكن أن يصور أى خطأ فى حقه ، إذ المسئولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للإدراك والتمييز حساب ، وإنما هي عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله فى خدمته » . قضت بجائى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة من الأحكام الجنائية رقم ٤١١ من ٦٦٥ — مصطنع مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٦٦ وكررة .

فهي أولاً مسئولية مشروطة ، وغرطها ألا يجحد الضرور شيئاً لا للحصول على التعميـض من شخص آخر غير عديم التمييز . والقالب أن يكون عديم التمييز مؤكولاً إلى رقابة شخص يكفله . فالصغير غير المميز يكون عادة في كفالة أبيه أو جده أو أمه أو أحد من أقاربه . والمجنون يكون في كفالة أحد من هؤلاء أو في كفالة أحد المستشفيات المدة لعلاج الأمراض العقلية . فالمعهود إليه بالرقابة على غير المميز هو المسئول عما يحدثه غير المميز من ضرر كما سنرى . فإن وجد ، كان هو المسئول وحده نحو الضرور ، ورجع الضرور عليه بالتعميـض كاملاً . أما إذا لم يوجد ، أو وجد ولكنه استطاع أن ينفى الخطأ عن نفسه إذ هو خطأ قابل لإثبات المكس كما سيأتي ، أو لم يستطع نفى الخطأ ولكنه كان مسعراً لم يستطع للضرور أن يحصل منه على التعميـض ، فمند ذلك يرجع الضرور بالتعميـض على عديم التمييز نفسه .

ومسئولية عديم التمييز في هذه الحالة مسئولية مخففة . فهو لا يكون مسئولاً حتماً عن تعميـض ما أحدثه من الضرر تعميـضاً كاملاً . ذلك لأن مسئوليته لا تقوم على خطأ كما قلنا ، بل على تحمل التبعة ، والقانون لا يحمله التبعة عن أعماله الصارة إلا في حدود عادة . وأهم ما يراعيه القاضي في تقدير التعميـض هو مركز الخصوم من الغنى والفقر . فهو يقضى بتعميـض كامل إذا كان عديم التمييز موفور الثراء وكان للضرور فقيراً معلماً وأصيب بضرر جسم يسبب العمل الذي صدر من عديم التمييز . وهو يقضى ببعض التعميـض إذا كان عديم التمييز ميسر العيش من غير وفرة وكان الضرور في حاجة إلى التعميـض ، ويجب على القاضي في هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز من ماله مورداً كافياً للشفقة على نفسه وعلى من تجب عليه نفقتهم . وقد لا يقضى بتعميـض أصلاً — لأن الحكم بالتعميـض في الحالة التي نحن بصددتها جوازى لا وجوبى — إذا كان عديم التمييز فقيراً لا مال عنده ، وبخاصة إذا كان للضرور في سعة من العيش . ويكون كذلك محل اعتبار في تقدير التعميـض مقدار ما يؤوله للضرور من العناية لتوق الضرر الذي أصابه من عديم التمييز ،

فإن تعريض الضرور نفسه في غير حيلة لما عسى أن ينزل به من جراء عبث شخص لا تميز عنده يمد خطأ منه قد يستغرق في بعض الحالات ما أتاه عديم التمييز . ولا عبرة بجمامة ما صدر من عديم التمييز من عمل ، فهو فاقد الإدراك ويستوى أن يصدر عنه الجسم وغير الجسم^(١) . ولكن جمامة الضرر قد تكون محل اعتبار في تقدير التعويض ، فإن كان الضرر جسماً بدا التعويض عنه أكثر عدلاً وأعلى قيمة . ويسترد القاضي بوجه عام بجميع الظروف التي تلابس القضية يستعين بها على تقدير التعويض العادل .

والتقنين المدني الجديد ، في استحداثه لهذه المسئولية الخاصة التي لم يكن التقنين المدني القديم يعرفها^(٢) ، قد جارى في ذلك كثيراً من التقنينات الحديثة^(٣) .

(ب) الشخص المعنوي :

٥٤١ — **موازاة الشخص المعنوي**^(٤) : المبدأ الذي استقر عليه القضاء والفقه في

مصر هو جواز مسائلة الشخص المعنوي عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة

(١) فلان ما ذكر خطأ في المذكرة الإيضاحية من مراعاة جمامة الخطأ (أنظر آتاهاً فقرة ٥٣٧ في المامش) . وانظر في الاعتبارات التي يراعيها القاضي في تقدير التعويض للمادة ١٣١٠ من التقنين النساوي ، وهي تذكر خطأ المسئول وإعمال الضرور في دوره الخطر عنه وخلفه .

(٢) ولما كان النص الذي يقرر هذه المسئولية قد استحدثه التقنين المدني الجديد ، فليس له أثر رجعي . والعبرة باليوم الذي وقع فيه العمل الضار ، فإن كان قبل يوم نفاذ التقنين الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) فالتقنين القديم هو الذي يسرى ولا مسئولية على عديم التمييز ، وإلا فإن التقنين الجديد هو الذي يسرى ويحقق مسئولية عديم التمييز الخففة .

(٣) أنظر للمادتين ٧٦ و ٧٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي وللمادة ٨٢٩ من التقنين الألماني وللمادة ١٣١٠ من التقنين النساوي وللمادة ٥٤ من تقنين الالتزامات السويسري وللمادة ١٢٢ من التقنين اللبناني وللمادة ٤٠٦ من التقنين الويفيني وللمادة ١٨٧ من التقنين الصربي وللمادة ٢٣٧٧ من التقنين البرتغالي وللمادة ٢٠٤٧ من التقنين الإيطالي الجديد وقانون ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ في بلجيكا .

وفي الفقه الإسلامي إذا كان الإلتلاف مباشراً لا يشترط فيه التعمد أو التمدى « حتى أن طفلاً يوم ولد لو اقلب على ماله لإنسان فأتلفه يلزم الضمان » وكذا المجنون الذي لا يفقه إذا مرق ثوب لإنسان يلزمه الضمان : الهندية « (الموجز في النظرية العامة للالتزامات للمؤلف ص ٣٢٧ هامش رقم ١) .

(٤) [انظر : مارتى ورينو ج ٢ ند ٤٢٠ و ٤٢٧ — دي باج ج ٢ بد ٩١٩] .

شؤونه . ولم يقع تردد في هذا المبدأ . وإذا كانت المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي يصعب التسليم بها لصعوبة تصور عقوبة جنائية تنزل بالشخص المعنوي إلا فيما يتعلق بالفرامة والمصادرة والحل ، فإن المسؤولية المدنية يسهل التسليم بها ، فإنها تقع في مال الشخص المعنوي . والأمثلة كثيرة على الأخطاء التي يرتكبها ممثلو الشخص المعنوي ، فيصبح هذا مسئولاً عنها : مدير شركة يفصل عاملاً في وقت غير لائق فتكون الشركة مسئولة عن هذا الفصل ، سائق قطار يدهس أحد المارة بإهماله فتكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة عن إهمال السائق ، عامل البريد يضع رسالة عهد إليه بتسليمها إلى صاحبها فتكون مصلحة البريد مسئولة عن العامل^(١) .

ولما كان الشخص المعنوي يختلف عن الشخص الطبيعي في أنه لا يمكن أن ينسب له التمييز ، فإن كثيراً من الأحكام تجعل مسؤولية الشخص المعنوي عن أعمال ممثليه هي مسؤولية التبوع عن التابع فنصل بذلك إلى تقرير للمسؤولية بالتضامن بين الشخص المعنوي وممثليه . على أن هناك أحوالاً يصعب فيها الوصول إلى مساهلة الشخص المعنوي عن هذا الطريق

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في أحكام كثيرة بمسؤولية الشركات عن أعمال ممثليها ، وذلك كشرركات السكك الحديدية (استئناف مخطط في ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٥ — وفي ٧ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٧) ، وشركات الترام (استئناف مخطط في ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧٠) ، وشركات الملاحة (استئناف مخطط في أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢١) ، وشركات المياه والنور والغاز (استئناف مخطط في ١٤ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧) .

والوقت يعتبر شخصاً معنوياً وناظر الوقت هو الممثل له ، فيكون الوقت مسئولاً عن أخطاء ناظره . وقد قضت محكمة النقض بأن الوقت بأحكامه للفترة في الفقه الإسلامي هو في فقه القانون المدني شخص اعتباري تكلمت فيه مقومات الشخصية القانونية . والشخص الاعتباري كما أن له وجوداً افترضه القانون له إرادة مفترضة من إرادة الشخص الطبيعي الذي يمثله . فالخطأ الذي يقع من ممثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة إلى الغير الذي أصابه الضرر خطأ من الشخص الاعتباري . فالحكم الذي يربط المسؤولية على جهة الوقت عن خطأ وقع من الناظر عملاً بالمادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) لا يكون مخطئاً (قضى مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه لا يكون الوقت مسئولاً عن خطأ الناظر إذا لم يكن معيناً من قبل المستحقين لأن الناظر في هذه الحالة لا يكون تاباً للوقت (استئناف مخطط في ١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ — وانظر أيضاً استئناف مخطط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للحكام المختلطة ٥ ص ٨٣) . وسنرى أنه يمكن مساءلة الشخص المعنوي مباشرة لا باعتباره متبوعاً ، وعلى هذا الوجه تسقط المجبة التي وردت في الحكم من أن ناظر الوقت إذا لم يبينه المستحقون لا يكون تاباً للوقت .

غير المباشر ، فقد يحدث أن الخطأ الذى يوجب المساطة يكون قراراً صادراً من إحدى هيئات الشخص المعنوى (مجلس إدارة الشركة أو جميعتها العامة مثلا) . فلا بد إذن من نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوى ذاته . كذلك قد يكون الخطأ بحيث لا تجوز نسبته إلا إلى الشخص المعنوى ، كما إذا قوضت شركة لمنافسة تجارية غير شريفة أو لتقليد مزور^(١) . ففي مثل هذه الأحوال تكون مسئولية الشخص المعنوى مسئولية عن عمل شخصى ، لا مسئولية للتبوع عن تابعه . ولا بد حينئذ من الاختصار على ركن التعدى فى الخطأ دون ركن التمييز . ويكفى لتحديد ما إذا كان الشخص المعنوى قد أخطأ أن يقاس تصرفه إلى تصرف شخص معنوى مجرد فى الظروف الخارجة التى تصرف فيها ، فإذا انحرف عن هذا المقياس المادى ، كان هناك خطأ ، وتحققت المسئولية^(٢) .

٥٤٢ — مساواة الشخص المعنوى العام^(٣) : وقد يكون الشخص المعنوى المراد مساءلته هو الدولة ذاتها أو شخص معنوى عام كجلس من مجالس المديرية أو المجالس البلدية أو غيره من الأشخاص العامة . وتحقق مسئولية الشخص للمعنوى فى مصر على النحو الذى تتحقق به مسئولية الأفراد والهيئات الخاصة . وقواعد المسئولية التصيرية واحدة لفريقين . ذلك أن الأفضية التى تقوم على هذه المسئولية بالنسبة إليهما مما تدخل فى اختصاص القضاء المادى ، ولم يمتد حتى اليوم اختصاص محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة إلى مسئولية السلطات العامة عن أعمالها المادية ، ولا يزال هذا الاختصاص مقصوراً على المسئولية عن القرارات الإدارية . والقضاء المادى فى مصر يطبق على مسئولية الدولة والسلطات العامة قواعد المسئولية التصيرية التى يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة . وقد وصل فى بعض الحالات إلى جعل الدولة مسئولة عن خطأ مسئولية شخصية لا مسئولية

(١) بلانويل وريير ويولانجيه ٢ قرة ٩٧٣ .

(٢) بلانويل وريير ويولانجيه ٢ قرة ٩٧٢ — قرة ٩٧٣ — كولان وكايتان ٢ قرة ١٣١٤ .

(٣) أنظر فى مسئولية السلطات العامة : دوز (Duez) فى مسئولية السلطة العامة — تيرار (Tirard) رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — ديير (Debeyre) رسالة من ليل سنة ١٩٣٦ — كلياتر (Colliard) رسالة من لكس سنة ١٩٣٨ [ميدان ورودير ج ٩ مكرر بند ١٣٨٧] .

التبوع عن التابع^(١).

أما في فرنسا فجلس الدولة هو صاحب الولاية العامة في جميع المنازعات الإدارية ، فدخل في اختصاصه النظر في مسئولية الدولة مسئولية تصديرية . وأخذت قواعد هذه المسئولية تتحول بالتدرج عندما تغير ميدان تطبيقها من النطاق المدني الخاص إلى النطاق الإداري العام . وقد كان مجلس الدولة الفرنسي بادئ الأمر يضيّق من مسئولية الدولة عندما كان يتطلب خطأ على قدر معين من الجسامة لمساءلة الدولة وعندما كان يفرق بين الخطأ الشخصي والخطأ المصالحى . ثم انتهى إلى التوسع في هذه المسئولية عندما ترك للمبادئ المدنية ووضع مبادئ إدارية خاصة ، فجعل الدولة مسئولة عن الخطأ في سير العمل الإدارى (faute du service) لافى الخطأ المصالحى (faute de service) فحسب ، ووصل بهذه المسئولية في بعض الحالات إلى حد جعل الدولة مسئولة عن تبعات

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية الدولة عن الخطأ الذى ترتكبه في أعمال الرى (استئناف مختلط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٤ — وفي ٢١ مايو ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٥ — وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٨) ، وفي أعمال الطرق والتنظيم (استئناف مختلط في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٣٧ — وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٧ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ٢٨ ص ١٢٧) ، وفي أعمال البوليس والأمن (استئناف مختلط في ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٣ — وفي ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧ — وفي ١١ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٠) ، وفي أعمال الجمر (استئناف مختلط في ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٢ — وفي ٢١ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٩ — وفي ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٠) . وقضت كذلك بمسئولية المجالس البلدية (استئناف مختلط في ٤ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٩٤) .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان لجهة الإدارة حرية إدارة الرفاق العامة وحق تنظيمها والإشراف عليها إلا أن ذلك لا يمنع القضاء — على ما جرى به قضاء هذه المحكمة — من حق التدخل لتقرير مسئولية الإدارة عن الضرر الذى يصيب الغير متى كان ذلك راجعاً إلى إهمالها أو تصديرها في تنظيم شئون الرفق العام أو الإشراف عليه — وانتهت المحكمة إلى تقرير مسئولية الإدارة عن حادث مقتل جندي بوليس ، كان في حراسة أحد التوك بمدينة الويس ، على يد بعض جنود الجيش البرتغالي — وذلك تأسيساً على عدم اتخاذ الإدارة الاحتياطات الكفيلة بحماية رجال البوليس إذ أن اللقاع كان يقتضى تعيين جنديين أو أكثر في منطقة الحراسة حتى كان يمكن تلافى وقوع الحادث : قضت مدني في ١٥/٣/١٩٠٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٤٦ ص ٣١٠] .

الأعمال التي تولد أخطاراً جسيمة كالأشغال العامة (travaux publics) ، فبنى المسؤولية في هذه الحالات على مبدأ تحمل التبعة (risque) .

٥٤٣ - رقابة محكمة النقض على ركن الخطأ : ولحكمة النقض الرقابة على قيام ركن الخطأ في المسؤولية التصورية . وإذا كان التمدى كعمل مادي يعتبر من مسائل الواقع إلا أن وصفه القانوني بأنه تعد لأنه انحراف عن المألوف من سلوك الشخص العادي يعتبر من مسائل القانون . كذلك انتفاء المسؤولية في حالة الدفاع الشرعي وتنفيذ أمر الرئيس وحالة الضرورة ، واشتراط التمييز لقيام الخطأ ، والحدود التي يسأل فيها عديم التمييز ، كل هذا يعتبر من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض ^(١) .

المطلب الثاني

تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ

٥٤٤ - التمييز بين الخروج عن الحق والتمسف في استعمال الحق : قدمنا أن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي . ويجب هنا أن نوجه النظر إلى تمييز جوهرى لا يلتفت إليه في العادة ، مع أنه في نظرنا هو الذى يضع نظرية التمسف في استعمال الحق في مكانها الصحيح .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التي تدخل في ساطعة قاضي الموضوع ، ولا عقب على تقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ عن ارتباط المسبب بالسبب والمال بالمال ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كليهما من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض (قض مدني في ١١ يناير سنة ١٩٣٤ المجامعة ١٤ ص ٢١٩) أنظر أيضاً الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار ص ٥٤ - ٥٥ - بلانول وريير وبولانجيه ققرة ٩٥٦ وققرة ٩٦٧ .

[وقد قضى أيضاً بأن تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائياً أو مدنياً هو ما يتعلق بموضوع الدعوى ، ومتى استخلصت المحكمة مما أو صحت من الأدلة الساتفة التي أوردها أن المخترع المدين من الهيئة العامة لشئون السكك الحديدية على المجاز قد أخطأ إذ لم يبادر إلى تحذير المارة في الوقت المناسب وتنبههم إلى قرب مرور القطار وتراخي في إغلاق المجاز من ممرائيه ولم يستعمل المصباح الأحمر في التحذير وفقاً لما تعرضه عليه التعليمات - وذلك في الوقت الذي ترك فيه بوابه المجاز مفتوحة من جهة دخول السيارة قيادة المحمي عليه مع استطاعته إقفالها ، نتيجة لهذا الخطأ ، فلا تقبل المجادلة في ذلك لدى محكمة النقض : قض جنائي في ١٠/١/١٩٦١ بمجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١٧ رقم ٢٢ ص ١٣١] .

ذلك أن الانحراف في السلوك قد يقع من الشخص وهو يأتي رخصة ، وقد يقع منه وهو يستعمل حقاً . وليس هنا مجال الإفاضة في التمييز ما بين الرخصة والحق . وبمسبنا أن نقول إن الرخصة هي حرية مباحة في التصرف ، كالسير والتعاقد والتقاضى والكتابة والتشتر ونحو ذلك من الحريات العامة التي كفلتها الدساتير للأفراد . أما الحق فهو مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون . فالملكية حق ، والتملك رخصة . ذلك أن القانون كفل لجميع الناس الحرية في أن يملكوا طبقاً للقواعد التي قررهما في أسباب الملك . ومن ثم فالتملك رخصة . فإذا ما كسب الشخص ملكية شيء معين بسبب من أسباب الملك . انتقل من الرخصة إلى الحق ، وأصبحت له مصلحة معينة مرسومة الحدود هي حق الملكية على هذا الشيء المعين الذي ملكه ، وهي مصلحة يحميها القانون^(١) .

والرجل العادي في سلوكه المألوف إذا أتى رخصة يلتزم قدرأ من الحيطة والتبصر واليقظة حتى لا يضر بالتير . وإذا استعمل حقاً فإنه لا يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق . فإذا ما انحرف شخص وهو يأتي رخصة — متى أو تعاقد أو تقاضى أو كتب أو نشر — عن هذا السلوك المألوف من الرجل العادي ، فنتى بسيارته ولم يلتزم باليقظة اللازمة فدهس

(١) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص ، هو المادة ٥ من هذا المشروع ، يضى بما يأتي : « الحقوق المدنية نوعان : حقوق عمدة يكسبها الشخص ويخص بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق طمة يعترف بها القانون للناس كافة » . وورد بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « تفرق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة . وهى بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالنصف في استعمال الحق . فالتصف يرد على استعمال الحقوق وحدها . أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة النصف في ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذى يلحق التير من جراء ذلك . ويقصد بالحق في هذا الصدد كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان أو حقه في اقتضاء دين من الديون ... أما ما عدا ذلك من المكنات التي يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون عملاً للاختصاص الحاجز فرفض أو إباحات كالحريات العامة وما إليها . وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى فكرة النصف فيها لتأمين التير مما يتجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠١ في الهامش) .

أحد اللارة ، أو تعاقد مع أحد الفنانين للوظائف في مصنع منافس وحمله بذلك على أن يخل بالتزاماته نحو مصنعه ، أو تقاضى فتنكب سبيل الاعتدال وأمن في الإضرار بخصمه باستعمال إجراءات التقاضى في غير ما وضعت له لهداً في الخصومة ، أو كتيب فأقشى سرّاً من أسرار المهنة كان لا يجوز له إفشاؤه ، أو نشر قذف شخصاً ، كان كل هذا خطأ يحقّق مسؤوليته . كذلك إذا استعمل حقاً معيناً — حق ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق دين — تجاوز الحدود المرسومة للحق الذي يستعمله ، بأن بنى في ملكه مجاوزاً حدود هذا الملك ، أو فتح المظل في المسافة الممنوعة قانوناً ، أو قيد الرهن بأكثر من الدين ، أو تقاضى فيما له من الدين فوائد أكثر مما يبيعه القانون ، كان كل هذا أيضاً خطأ يحقّق مسؤوليته .

وقد كان رجال الفقه في القرن الماضي يرون تقييد الرخصة ولا يرون تقييد الحق . فيشترطون في إتيان الرخصة ألا ينحرف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادى . أما الحق فلا يشترطون في استعماله إلا عدم مجاوزة حدوده . فكان الخطأ في نظرم هو انحراف عن السلوك في إتيان الرخصة أو مجاوزة للحدود في استعمال الحق . أما إذا استعمل الشخص حقاً ولم يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق ، فإنه لا ينطىء ولو أضر بالغير . ومن ثم كان استعمال الحق مرهوناً بمدى حدوده . فإن جاوزها صاحب الحق كان هذا خروجاً عن الحق . وهو خطأ يحقّق مسؤوليته . وإن التزمها فلا تتحقق مسؤوليته . حتى لو انحرف في استعمال الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى فأضر بالغير .

فلا يشترط إذن في استعمال الحق عند رجال الفقه القديم إلا عدم مجاوزة الحدود التي وضعت له . وما دام صاحب الحق داخل هذه الحدود فلا يرتكب خطأ مهما أضر بالغير ، ومهما كان مهملأ أو كان سيئ النية . وهذه الصورة هي التي نظر فيها رجال الفقه الحديث ، ورأوا خلافاً للفقه في الماضي أن المسؤولية فيها يجب أن تتحقق وأطلقوا عليها اسماً معروفاً هو « التعسف في استعمال الحق » (abus du droit) .

ومن ثم أصبح للخطأ صورتان : صورته الأولى وهي الخروج عن حدود الرخصة أو

عن حدود الحق ، وصورته الجديدة وهي التصف في استعمال الحق .
ونتناول كلاماً من الصورتين في تطبيقاتها المختلفة .

١٥ - الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق

٥٤٥ - من قاعدة عامة وأمرة إلى حالات متعده : رأينا أن هناك قاعدة عامة تضي بأن كل خطأ يسبب ضرراً يوجب التعويض . وهذه هي السياسة التشريعية التي جرت عليها القوانين اللاتينية . فهي لا تورد تطبيقات تفصيلية للخطأ ، بل تقتصر على وضع قاعدة عامة على النحو الذي أسلفناه . أما القوانين الأنجلوسكسونية والجرمانية فإنها تعتمد إلى التفصيل ، وتتفاوت في إيراد الحالات التفصيلية للخطأ^(١) . ومن المعروف في

(١) وكذلك افقه الإسلامي لا يضع قاعدة عامة ، وإنما يورد حالات تفصيلية . وهناك حالتان رئيسيتان يوجب فيها الضمان فيما لم يجر الضرر الذي يقع على المال ، وهما النصب والإتلاف . فالنصب هو أخذ مال متقوم عتق ، بلا إذن من له الإذن ، على وجه يزيل يده ، بغل في العين . ويجب على الناصب رد المصوب لو كان قائماً في غصبه ، أو رد قيمته لو هلك حتى لو كان المالك بقوة فاعرة . والإتلاف قد يكون مباشرة أو سبباً . فالإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ، من غير أن يتدخل فيه فعل المباشر والتلف فعل آخر ، والإتلاف سبباً يكون بصل يقع على شيء فيفضي إلى تلف شيء آخر . فن قلم جبل فتدبل ملحق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره ، ويكون حيث قد أتلف الجبل مباشرة ، وكسر القنديل سبباً . والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يتعد ، والمنسب غير ضامن إلا إذا كان متعمداً أو متعدياً (يجمع الضمانات ص ١٤٦) - أما الضرر الذي يقع على الجسم فتتدخل فيه فكرة العقوبة الجنائية مع التعويض المدني . وجزائه الدية والأرض وحكومة العدل . أما الدية فتجب في القتل غير العمد (أما القتل العمد فيجب فيه القصاص وهو عقوبة خاصة لاتعويض مدني) وفي الجناية على ما دون النفس عن غير عمد على عضو تمكن فيه للمائة . والأرض جزء من الدية ، فإذا تعدد الضو الذي تمكن فيه للمائة ، وأصيب بض منة ، فالية تجب بنسبة ما أصيب ، وتسمى في هذه الحالة أرشاً ، فيجب نصف الدية في العين الواحدة وربها في أحد أشقاء العين الأربعة وهكذا . وحكومة العدل تكون فيما لا يجب فيه قصاص أو دية أو أرض ، أي في الجناية على ما لا تمكن فيه للمائة ، عمداً كان ذلك أو غير عمد . ويترك تقدير الجزاء للقاضي ، وهذا معنى حكومة العدل (البائع ص ٢٣٣ وماجدها) . ويستخلص من ذلك أن حكومة العدل ، وهي أكثر مرونة من القصاص والأرض ، تكاد تضع مبدأ عاماً في الشريعة الإسلامية يقتضي بأن المصل الضار الذي يصيب النفس فيما لا تمكن فيه للمائة (ويدخل في هذا أكثر الجراح والعياج) عمداً كان أو غير عمد ، يوجب التعويض حسب تقدير القاضي . وهذا المبدأ يكمل المبدأ الآخر الذي يستخلص من قواعد النصب والإتلاف وهو متعلق بالمصل الضار الذي يصيب المال . (أنظر في كل ذلك نظرية القند للمؤلف فقرة ٦٦) .

القانون الإنجليزي أنه لا يشمل على قاعدة عامة في الخطأ ، بل يحوى أنواعاً مختلفة من الخطأ يورد لكل نوع منها حكمة ، ومن ثم سعى هذا القسم من القانون الإنجليزي ، لا بقانون الخطأ (law of tort) ، بل بقانون الأخطاء (Law of torts) .

على أن الفرق ليس كبير كما يظهر لأول وهلة ما بين القوانين اللاتينية وبين القوانين الإنجليزية والجرمانية . فالتانية تعدد حالات الخطأ . ولكن يمكن أن يستخلص من هذه الحالات قاعدة عامة تناول الخطأ في ذاته وتحدد أركانه . أما الأولى فتبدأ بهذه القاعدة العامة ، ولكنها تنتهى في تطبيقها القضائى إلى حالات في الخطأ تمددها المحاكم حالة حالة وتبين خصائص كل حالة منها . فهناك إذن طوائف من الجرائم المدنية واضحة المعالم بينة الحدود ، شبيهة بالجرائم الجنائية التى يملدها قانون العقوبات .

وها نحن ، على سبيل المثال ، نتناول فى إيجاز ، بعض هذه الحالات على النحو الذى انتهى إليه فيها قضاء المحاكم .

٥٤٦ - حوادث النقل والسيارات والكثك المحررة وغيرها من وسائل النقل : من الميادين التى ينسج فيها المجال لوقوع خطأ حوادث النقل . فقد زادت أخطار النقل بقدر ما تعدد من وسائله وما امتد من نشاطه . ويقع كل يوم من حوادث النقل ما يوجب المسؤولية . وهى حوادث متنوعة تنجم عن وسائل النقل المختلفة : من الدواب إلى المركبات إلى السيارات إلى السفن إلى الطائرات ، وفى البر والبحر والجو .

والنقل قد يكون بأجر أو بغير أجر . والنقل بأجر قد يكون نقلاً للأشياء أو نقلاً للأشخاص . ففي نقل الأشياء يلتزم حامل النقل بنقل ما عهد إليه فى حمله سليماً إلى الممر المتفق عليه ، فإذا تلف فى أثناء النقل كان حامل النقل مسئولاً . والمسئولية هنا مسئولية عقدية لقيامها على التزام يترتب على عقد النقل^(١) ، فلا يستطيع حامل النقل أن يتخلص

(١) [قضت محكمة النقض بأن مصلحة البريد تعتبر أمانة للنقل ووكيلة بالسوة فى الوقت هـه ويصير =

من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي^(١). وتجب المسؤولية العقدية في رأينا المسؤولية التصديرية ، فلا خيرة بين للمسئوليتين .

وفي نقل الأشخاص لم يكن القضاء الفرنسي في بادئ الأمر يرتب مسؤولية عقدية . ثم انتهى إلى أن يستخلص من عقد النقل التزاماً بضمان سلامة الراكب^(٢) ، وأصبح عامل النقل ملزماً بموجب العقد أن يصل بالراكب إلى المقر للتفتي عليه سليماً معافى . والالتزام بضمان السلامة في نقل الأشخاص ، كما هو في نقل الأشياء ، التزام بتحقيق غاية . فإذا أصاب الراكب ضرر بسبب النقل كان حامل النقل مسئولاً مسؤولية عقدية لا يستطيع الخلاص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي^(٣).

وقد يكون النقل بغير أجر (transport bénévole, gratuit) ، كأن يستصحب شخص

عملها هذا عملاً تجارياً تحكمه المواد ٩٠ وما بعدها من القانون التجارى الذى توجب عليها نقل الرسائل والطرود وسلامة وصولها وتسليمها للمرسل اليه وتحمل مسؤولية الهلاك والتلف والتأخير ، والمسئولة هنا وبطبيعتها مسؤولية تعاقدية تنشأ عن إخلالها بواجبها في تنفيذ عقد النقل فتلزم بالتعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون المدنى وفى نطاق مسؤولية شروط الإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها : قض مدنى فى ٢٢/٣/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٥٤ س ٣٦٤] .

[وفقت محكمة النقض بأن مسؤولية أمين النقل هي مسؤولية تعاقدية فإذا لم يتم تسليم البضاعة إلى المرسل إليه كان مسئولاً عن نتيجة إخلاله بالتزامه ولا يلزم عنه هذه المسؤولية إلا أن يثبت أن عدم تسليم البضاعة أو ضياعها يرجع لسبب قهرى لا يده فيه : قض مدنى فى ٣١/٥/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٨٨ س ٦٤٧] .

(١) [بهذا المعنى حكم النقض الصادر فى ٣١/٥/١٩٥٦ للمعار إليه بالهامش السابق . وكذلك قضت محكمة النقض بأن مسؤولية الوكيل بالعمولة لتقل عن تلف البضاعة مفترضة أصلاً طبقاً للمادتين ٩١ ، ٩٢ من قانون التجارة ، ولا يفيده منها إلا إقامته الدليل على القوة القاهرة أو العيب في البضاعة أو خطأ أو إهمال من المرسل فإذا تلفت البضاعة ولم يثبت الوكيل بالعمولة المكلف بنقلها شيئاً من ذلك فإنه يتحمل مسؤولية هذا التلف ولا يكون المرسل هو المكلف بإثبات خطأ الوكيل بالعمولة في هذه الحالة . قض مدنى فى ٢٨/٦/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ١٠٨ س ٧٦٧] .

(٢) [انظر بول دوران : الالتزامات في القضاء من الفرنسي والبلجيكي صفحة ٦٥ وهو يشير إلى أن القضاء البلجيكي قد رفض الأخذ بفكرة وجود التزام بضمان سلامة الراكب س ٦٩ — ٧٠] .

(٣) [انظر في هذا الموضوع مازو ١٠٢ — ١٥٣ — بلانيول وريبير وبولانيجه ،قرة ٩٦٠ .

صديقاً له في سيارته في نزهة أو إلى مكان معلوم ، فإذا أصيب الصديق بحادث من جراء ركوب السيارة ، فهل يكون صاحب السيارة مسئولاً ، وعلى أى أساس تقوم مسئوليته ؟ نرى أن النقل في هذه الحالة ليس بقصد ، لأن الطرفين لم يقصدا أن يرتبطا ارتباطاً قانونياً ، وقد تقدم ذكر ذلك . فنستبعد إذن للمسئولية العقدية^(١) . ولا تبقى إلا للمسئولية التقصيرية . وهنا تفتتح أمامنا طرق ثلاثة : هل تكون هذه المسئولية هي مسئولية حارس الأشياء ، فيعتبر صاحب السيارة وهو الحارس لها مسئولاً نحو صديقه عن الضرر الذي أصابه حتى يقيم الدليل على السبب الأجنبي ؟^(٢) أو تستبعد للمسئولية على أساس الحراسة وتبقى في دائرة المسئولية القائمة على خطأ واجب الإثبات ، ونقول إن الصديق للضرور يجب أن يثبت خطأ في جانب صديقه صاحب السيارة ؟ وإذا قلنا بذلك ، فأى نوع من الخطأ يجب أن يثبت ؟ هل يجب أن يثبت خطأ جسيماً باعتبار أنه رضى بإخلاء مسئولية صديقه بسد أن تبرع هذا بنقله ، فلا يكون صاحب السيارة مسئولاً إلا عن الخطأ الجسيم^(٣) ؟ أو يكفي أن

(١) أنظر عكس ذلك لالو فقرة ١٨٧ ص ١٢٢ . وهو يقول بالمسئولية العقدية في النقل المجاني .

(٢) أنظر من هذا الرأي جوسران في تعليقه في دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٣٧ - يسون ص ١٦٠ .

(٣) أنظر من هذا الرأي ريكول (Ricol) في تعليقه في دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٢١ - وروجه (Roger) في تعليقه في دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٣٨ . وينزع القضاء المصري إلى هذا الرأي . فقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الصديق الذي يستلم لقيادة صديقه التبرع بها على طول مسافة الطريق يعتبر أنه على اتفاق معه فيما ينتهجه من أساليب القيادة وأنه موافق من حذقه ومهارته ، وكلاماً يكون مستهدفاً للخطر بدرجة واحدة . ومن غير المقول أن يتطلب من أى شخص أن يوجه عنايته لغير أكثر مما يوجهها لنفسه (١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٧٨ / ٢ ص ٣٣٨) . وقضت محكمة الاستئناف في أحكام كثيرة بأن من يقبل النقل مجاناً يعتبر أنه قد أعفى صاحب السيارة من مسئوليته ، فلا يستلزم الرجوع إلا إلماً أثبت في جانب صاحب السيارة خطأ جسيماً ، بأن أثبت أنه كان يسير بسرعة جنونية لا تجعله مسيطراً على السيارة ، أو أنه كان يسير بسرعة شديدة على مقربة من سيارة أخرى دون أن يوقد مصابيح سيارته (استئناف مخطوط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٧ - وفي ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٥ - وفي ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٣ - محكمة مصر المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ جلزيت ٢٠ رقم ١٩٠ ص ١٧٦) .

يثبت خطأ سيرا طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية^(١)؟ أما المسؤولية على أساس الحراسة فيجب استبعادها ، إذ شرطها ألا يكون الضرر قد اشترك بجانباً في استعمال الشيء الذى أحدث الضرر^(٢). كذلك يجب استبعاد أن الصديق للضرر قد رضى بإخلاء مسؤولية صاحب السيارة ، إذ حتى على فرض أن هذا صحيح فهو اتفاق على الإعفاء من مسؤولية تقصيرية وهو لا يجوز . فلا يبقى إذن إلا الطريق الثالث ، ويكون صاحب السيارة مسئولاً نحو صديقه للضرر إذا أثبت هذا خطأ سيرا في جانبه وفقاً للقواعد العامة^(٣).

وهناك مسؤولية تقصيرية أخرى تترتب على حوادث النقل إذا كان الضرر قد وقع لا على الراكب بل على المارة في الطريق . ومن الأمثلة المألوفة أن يقود شخص سيارة

(١) أنظر من هذا الرأي بلانيول وريبير وإسمان ١ فترة ٦٢٢ — جاردينا وريتشى فترة ١٠٤ ص ٦٦٨ — جنى في تطبيقه في سيريه ١٩٢٨ — ١ — ٣٥٢ — ريبير في تطبيقه في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٤٦ — إسمان في تطبيقه في سيريه ١٩٢٩ — ١ — ٢٤٩ . وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض الفرنسية : ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ — دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٤٦ مع تطبيق ريبير وسيريه ١٩٢٨ — ١ — ١٥٣ — وفي ١١ يولية سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ ص ٤١٤ — وفي ٧ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ — ١ — ٢٤٩ مع تطبيق إسمان — وفي ٢٢ يولية سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ١ — ٥٨٨ — وفي ١٨ يولية سنة ١٩٣٤ دالوز ١٩٣٥ — ١ — ٣٨ — وفي ٥ مايو سنة ١٩٤٢ سيريه ١٩٤٢ — ١ — ٢٥ مع تطبيق هنرى مازو . (أنظر في أحكام أخرى بهذا المعنى لمحكمة النقض الفرنسية مازو ١ فترة ١٢٧٨) .

(٢) أنظر مازو ١ فترة ١٢٧٤ — فترة ١٢٧٥ وفترة ١٢٨١ — فترة ١٢٨٧ .
[وانظر مطول بيدان ٩ مكرر (طبعة ١٩٥٢ بالاشتراك مع رودير) بند ١٥٤٣ حيث يقرر أن القضاء الفرنسى قد استقر منذ صدور حكم النقض الفرنسى فى ١٩٢٨/٣/٢٧ (السابق الإشارة إليه) على استبعاد تأسيس المسؤولية فى النقل المجانى على فكرة الحراسة . وأن هذا هو الرأى الذى تؤيده غالبية الفقه . وانظر مع ذلك مقالاً لجوسران عن النقل المجانى وحوادث السيارات فى دالوز الأسبوعي سنة ١٩٢٦ ص ٢١ — وانظر أيضاً فى استعراض هذه الآراء المختلفة فى هذا الموضوع : مارتى وريزو ج ٢ بند ٤٣٧ — دى باج ج ٢ بند ١٠٤٦] .

(٣) أنظر فى هذا الموضوع مازو ١ فترة ١٢٧٣ — فترة ١٢٨٩ والمراجع المشار إليها فيه (فترة ١٢٧٤ هامش رقم ١ مكرر) . وانظر فى الفقه المصرى مقالاً لـ دكتور حلى بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ١٣٧ — والأستاذ مصطفى مرعى فى المسؤولية المدنية فترة ٦٦ — فترة ٦٩ .

ويسير بسرعة ينجم عنها الخطر ، أو أن يسير في الليل دون أن يوقد مصباح السيارة ، أو أن يسير على الجانب الأيسر من الطريق ^(١) ، أو أن يدخل من شارع جانبي إلى شارع رئيسي دون أن ينتظر مرور السيارات التي تسير في الشارع الرئيسي ^(٢) . أو أن يفقل تنبيه العابرة إلى خطر يهددهم من سيارته ، أو أن يخالف لوائح المرور ونظمها ^(٣) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سائق السيارة ، حتى لو سار في طريق ذي اتجاه واحد ، يجب عليه مع ذلك أن يزم الجانب الأيمن من الطريق (استئناف مختلط في ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ٥٦) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن السائق الذي يأتي من شارع جانبي يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذي يسير في الشارع الرئيسي ، فإذا كان هذا الأخير يسير أيضاً بسرعة زائدة كان هناك خطأ مشترك (استئناف مختلط في ٢٨ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ٢١٠ — وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ١٩٤) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأن السائق الذي يأتي من الشارع الأصفر يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذي يسير في الشارع الأكبر ، فإذا كان الشارعان متساويين في الأهمية ، فالسائق الذي يأتي من جهة اليمين هو الذي يسبق (محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ من ١٦) .

(٣) استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٣٦ — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٣٠٦ — وفي ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ من ٢٢ — وفي ٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ من ٢١٤ — وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ من ٢٩ — وفي ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ١٩٧ — وفي ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ١٣٢ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ١٧٦ — وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ٣٦٢ — وفي ٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ٧٣ — وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ٢١١ .

وانظر في حوادث السيارات : ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ من ٣٢ — وفي ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ٢٦٣ — وفي ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ٣٦٧ — وفي ١٤ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ٣٨١ — وفي ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٢٨٨ — وفي ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٣٢٨ — وفي ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ٥٦ — وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ١٠٤ — وفي ٢٣ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ١٥٦ — وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٩٣ . وكان القضاء المختلط يقضي بأن المسؤولية في حوادث السيارات لا تنبثق على مجرد أن المسؤول هو مالك السيارة (استئناف مختلط في ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ٣٠٢ — وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ١٦٧ — وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ٢٢٣) ولكن بعد اتخاذ القانون للمدني الجديد تنبثق المسؤولية في حوادث السيارات على أساس الحراسة ، فحارس السيارة هو المسؤول ولا يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي (م ١٧٨ من القانون المدني الجديد) .

وكثيراً ما تقع الحوادث من قطارات السكك الحديدية^(١) والركبات

(١) أظفر في مسئولية مصلحة السكك الحديدية بسبب معصباح زيت معبأ حرق مركبة (استئناف مختلط في ٤ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ٩٩) - وبسبب عيب في قمرية القطار (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ١٣٩) - وبسبب إعطاء إشارات غشائية (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ من ٢٦٦) - وبسبب وقوف القطار بعيداً عن المحطة (استئناف مختلط في ١٦ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٣٨٨) - وفي مسئوليتها عن الأضرار التي تصيب الموظفين (استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ من ٢٢٠) - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ٢٠٧ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ٣٠٢ - وفي ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ من ٨٧ - وفي ٧ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٩٨) - وفي مسئوليتها عن خروج القطار عن القربط (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٢٩٦) - وفي ١٤ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ من ٢٨٠ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ من ٥١ - وفي ٣ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٣٣٥ - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ٣٢٧ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ١٥٢) - وفي المسئولية عن الضرر الذي يطرأ (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ٥٩ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٣١٨) - وفي تصادم القطارات (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٢٣٨ - وفي ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ من ٢) وبسبب إحدى الحوادث (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ٦٣) . واظفر أيضاً قرض مدني في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ - الحماة ١٥ رقم ١/٧٨ - استئناف مصر في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الحماة ١٣ رقم ٥٤٨ من ١١٠٤ - وفي ٣ ديسبر سنة ١٩٣٣ الحماة ١٤ رقم ٢/٢٥٨ من ٤٩٥ .

وأما عن حوادث مجازات (مزلفانات) السكة الحديد فقد قضت محكمة النقض في دائرتها الجنائية بأنه إذا صح أن مصلحة السكة الحديد في الأصل غير مكلفة بأن تقيم حراساً على المجازات لدفع الخطر عن السارة من خطراتها ، إلا أنها إذا أخذت حراساً بالفعل عهدت إليهم إقتالها كلها كان هناك خطر عليهم من اجتيازها ، وضحا حيث لا خطر ، وأصبح ذلك مبهوداً للناس ، فقد حق لهم أن يقولوا ما أوجبته على نفسها من ذلك وأن يتجنبوا ترك المجاز مفتوحاً إيماناً بالمرور وبعدم وجود الخطر . فإذا ترك الحارس عمله وأبقى المجاز مفتوحاً حيث كان ينبغي أن يقطعه وجب اعتباره متخلياً عن واجب فرضه على نفسه ، ومن ثم فصله هذا لإهمال بلقي الوارد بالادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ عقوبات ، وتكون مصلحة السكة الحديد مسئولة عما ينشأ من الضرر لغير من فعل تاجها على ما قضت به المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) ولا محل لتعدي هنا بأنه على الجمهور أن يحاط لنفسه ، كما أنه لا محل لتعدي بنس لائحة السكة الحديد التي حظرت على الجمهور المرور بالمجازات عند اقتراب مرور القطارات ورتبت على مخالفة هذا الخطر جزاء متى كانت الرقابة الناتجة بالحكم لا تهدي أن سائق السيارة حاول المرور من المجاز مع علمه بالخطر . (قرض جنائي في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٤٧ الحماة ٢٨ رقم ٣١٩ من ٩٠٥) .

[واظفر أيضاً قرض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٣ من ٢٧٦] .
[وقد قضى في هذا الحكم بأنه وإن كان صحيحاً أن مصلحة السكة الحديد غير مكلفة بإقامة المجازات أو بحراسها . إلا أنها متى ألهمتها وعهدت بها إلى حراس يقومون على تنظيم حركة اجتيازها فيمنعون المرور عند الخطر وآفنون به عند الأمان ، فقد حق للناس أن يقولوا على ما أخذت مصلحة السكة الحديد نفسها ==

الكهربائية^(١) وغير ذلك من وسائل النقل المختلفة^(٢). ويلاحظ في كل ذلك أن المسئول عن الخطأ، وهو السائق، استعمل رخصة أباحها له القانون، بأن اتخذ وسيلة من وسائل النقل المعروفة، فأنحرف في إتيان هذه الرخصة عن السلوك المألوف للرجل العادي، وأضر

== به وأن يتبروا المرور مأموناً متى فتح الحارس البوابة وأذن بالمرور، ومن ثم يكون من غير المنطق في تقى المسئولية عن العامل القائم على المزلتان ما ذهب إليه المحكم للعلمون فيه من أنه لم يكن يعلم بقدم القطار الذى صدم السيارة وأنه لم يكن في مقدوره أن يسمح حركته أو أن يراه بسبب إطفاء أنواره] .

وقضت محكمة المنصورة الكلية الوطنية بأنه وإن كانت مصلحة السكة الحديد غير ملزمة بمخافة المزلتان، إلا أنها ملزمة باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفنيه المارة بوجود المزلتان، وخاصة إن كانت تقع على طريق مطروق كثيراً بوضع قانوس التحذير ليلا . وإنما وضعت مصلحة السكة الحديد قانوسين بنور أحمر على جانبي المزلتان لتحذير المارة ليلا، ووضعت لوحة للاحتراس من القطار فلا مسئولية عليها عند وقوع حادث (المنصورة الكلية الوطنية في ١٥ يناير سنة ١٩٤٤ المجامعة ٢٤ رقم ٣٣ ص ٧٠) .

واظهر من القضاء المختلط في حوادث المزلتان : استئناف مختلط في ٥ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٥ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤٥ - وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٩ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢١ - وفي ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٧٦٥ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧١١ .

(١) اظهر في مسئولية شركة التزام عن سير القطار قبل أن ينزل الراكب (استئناف مختلط في ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ١٢ ص ٣٤ - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٨ - وفي أول يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٧٩١ - وفي ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٧ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٨ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٨) - وعن نزول الركاب مسرعين في دحر بسبب حادث وإصابته من جراء ذلك (استئناف مختلط في ٣٠ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٣ - وفي ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٤ - وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١١) - وعن إصابة المارة في الطريق (استئناف مختلط في ١٠ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٩ - وفي ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢١ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ - وفي ١١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ - وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٨ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩ - وفي ٢٠ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١١ - وفي ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧٤ - وفي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٥ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٦ - وفي ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤ - وفي ١٢ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٧ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٦ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤١ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٩) .

(٢) اظهر في حوادث الحيلارات : استئناف مختلط في ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٦ .

بالغير ، فكان هذا خطأ يستوجب المسؤولية . وسنرى أن المسؤولية في أكثر هذه الأحوال ، بعد فحاز التقنين المدني الجديد ، لا تبني على خطأ واجب الإتيان ، بل على أساس حراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة أو الآلات الميكانيكية ، فيكون الحارس مسئولاً عما تحدثه وسائل النقل من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه (م ١٧٨ من القانون المدني الجديد) ، وسيأتى تفصيل ذلك .

٥٤٧ — موارد العمل : وليست حوادث العمل بأقل من حوادث النقل بعد تقدم اختراعات الميكانيكية وشيوع الصناعات الكبرى ، ولعل حوادث النقل وحوادث العمل هي أبلغ الحوادث أثراً في تطور المسؤولية التصديرية .

وقبل صدور قانون العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠) كان القضاء المصري لا يجعل صاحب العمل مسئولاً قبل العامل عن حوادث العمل إلا إذا أثبت العامل خطأ في جانب صاحب العمل^(١) . ولكنه كان يكتفي بإثبات أى إهمال^(٢) ، ويوجب على صاحب العمل أن يتخذ الاحتياطات اللازمة حتى يحمي العمال من مخاطر العمل وإلا كان مسئولاً^(٣) . وتصبح مسؤولية صاحب العمل أشد إذا كان

(١) استئناف مخطوط في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٩ — وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٥١ — وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٥ — وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٥ — وفي ١٤ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٥ — وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٢ — وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٣ — وفي ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٥١ — وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ — وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٦ — وفي ٧ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٩ — وفي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩١ — وفي ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١١ — وفي ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٤ — وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦١ — وفي ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨ — وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٩ — وفي ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨١ — وفي ٢٨ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٤٢ — وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ — وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧١ .

(٢) استئناف مخطوط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ المجموعة الرسمية للحاكم المختطة ١٣ ص ١٩ — وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ .

(٣) استئناف مخطوط في ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٣ — وفي أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ =

العامل صيغاً صغير السن^(١). ولا يستطيع صاحب العمل أن يخفف باتفاق من مسؤوليته التصديرية^(٢). وهو مسئول عن خطأ تابعه^(٣). ولكن يجوز أن يمتد بتعويض المال تمويصاً مقلماً عن مخاطر العمل^(٤). وترتفع مسؤوليته إذا كان الضرر قد وقع بخطأ العامل نفسه^(٥).

ويعد أن صدر قانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦، ثم قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الذي حل محله^(٦)، خضعت حوادث العمل لهذا التشريع الجديد، ولم يعد يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أى قانون آخر ما لم يكن الحادث قد

== من ٢٧٨ — وفى ١٨ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ٦٢ — وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ م ٢٠٤ — وفى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ م ٢٨ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ م ٣٣٧ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ م ٣٦ — وفى ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ م ٣٩٩ — وفى ٣ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٤٦١ — وفى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ م ٤١ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ١٧٠ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٤١٥ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٤٩١ .

(١) استئناف مختلط فى ٣٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ٩٤ — وفى ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤١٩ م ١٧٠ — وفى ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ م ٧٨٤ — وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٥٩ .

(٢) استئناف مختلط فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ م ٩٣ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ م ٨١ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ م ٧٨ — وفى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ م ٢٨ — وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٢٥٠ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ م ١٦ — وفى أول أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ م ٣٠٤ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ م ٨١ .

(٥) استئناف مختلط فى ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ م ١٥١ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ١٧٠ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٤٩١ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ م ٨٣ .

(٦) [وقد أُلغى هذا القانون وحل محله القانون رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٥٨ ثم صدر القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ — المجلس بالتأمينات الاجتماعية — واشتمل على نصوص أخرى فى شأن تأمين إصابات العمل والتعويض عنها وعن أمراض المهنة : تراجع للوادى وما بعدها من هذا القانون — الذى أُلغى القوانين السابقة عليه وحل محله — وقد عدل بدوره بموجب القانونين رقم ١٥٥ و ١٤٣ لسنة ١٩٦١].

نشأ عن خطأ جسم من جانب رب العمل^(١).

٥٤٨ - المسؤولية عن المخطأ الفنية في مزاوله المهنة^(٢): وكثيراً ما يخطئ رجال الفن من أطباء وصيادلة ومهندسين ومحامين وغير ذلك في مزاوله مهنتهم. فالطبيب قد يخطئ وهو يقوم بعملية جراحية، وقد يخطئ الصيدلي في تركيب الدواء، والمهندس في عمل التصميم الهندسي، والمحامي في القيام بإجراءات التقاضي ومراعاة المواعيد المقررة لذلك.

وأول ما يجب ملاحظته في هذا الشأن أن مسؤولية هؤلاء الفنيين تكون في أكثر الأحوال مسؤولية عقدية لا مسؤولية تصيرية، لأنهم يرتبطون بعقود مع عملائهم في تقديم خدماتهم الفنية^(٣)، ولكن الخدمة الفنية التي يلتزمون بتقديمها بمقتضى العقد لا تزيد

(١) أنظر آتياً فقرة ٥٢٢ في الهامش. وانظر استئناف مخطط في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ س ٢٥.

(٢) [أنظر في الخطأ والمسئولية المهنية الدكتور سليمان مرقس دروس الدكتوراه صفحة ٣٦٥ بند ١٨٤ - ورييه مارتان في الخطأ المهني رسالة من ليون سنة ١٩٣٤ وجان سافانييه رسالة من بوانيه سنة ١٩٤٧. وانظر مارتو وريجو ٢ بند ٤١٥].

(٣) الدكتور وديع فرج في مسؤولية الأطباء الجراحين المدنية - مقال في مجلة القانون والاقتصاد ١٢ س ٣٨١ وما بعدها [والدكتور حسن الأبراشي رسالة من القاهرة سنة ١٩٥١ في مسؤولية الأطباء والجراحين - والدكتور محمد فائق الجوهري المسؤولية الطبية - رسالة من القاهرة ١٩٥٦] - كولان وكابجان ٢ فقرة ٩٢٨ - بلانيول وريير وإسمان ١ فقرة ٥٢٤ - جوسران ٢ فقرة ١٢٨٧ - ملازو ١ فقرة ١٤٨ وفقرة ٥٠٨ - لالو فقرة ٤٧٢ - سافانييه فقرة ٧٧٥ - نقض فرنسي في ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٨ - ١ - ٣١٤ - وفي ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٩ سيرييه ١٩٤٠ - ١ - ٧٣ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ سيرييه ١٩٤٠ - ١ - ٨٤. [وانظر مارتو وريجو ٢ س ٤٠٩ هامش ١ والمراجع المشار إليها فيه].

أما القضاء في مصر فيقضي بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية تصيرية بعيدة عن المسؤولية العقدية (قضى مدني في ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ س ١١٥٦ - استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ الحاماة ٢٢ رقم ٨٥ س ٢٥٨ - اسكندرية ومصر الوطنية في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٤ رقم ٣٥ س ٧٨).

[نارن الدكتور مرقس دروس الدكتوراه صفحة ٣٧٧ (آخر البند ١٨٧) حيث يرى أن مسؤولية الطبيب تكون عقدية كلما تولى الطبيب علاج المريض بناء على طلب المريض أو أي شخص يتوب عنه أما إذا كان الطبيب قد طوع للعلاج من تلقاء نفسه أو كان مكلفاً بالعلاج بمحكم القوانين والوقائع فإن مسؤوليته تكون تصيرية. وكذلك إذا كان ضرر المريض ناشئاً عن رفض الطبيب علاجه أو قبوله في مستغنى].

على أن تكون بذل عناية فنية معينة هي التي تقتضيها أصول المهنة التي يتمتعون إليها . فالترامهم بالقدر هو إذن التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومن ثم يتلاقى بالنسبة إليهم معيار المسؤولية العقدية بمعيار المسؤولية التقصيرية . فهم في المسؤولية التقصيرية يطلب منهم أيضاً بذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنة ، فإن هذا هو السلوك الفني المألوف من رجل من أوسطهم علماً وكفاية وبقظة . فالانحراف عن هذا المعيار ، سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية ، يعتبر خطأ مهنيًا *faute professionnelle* . وغنى عن البيان ألا خيرة بين المستوليتين ، فإذا كان الخطأ للهنى عقدياً جب المسؤولية التقصيرية . وإذا كان معيار الخطأ للهنى واحداً في المستوليتين ، فهناك فروق معروفة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية تجعل انعدام الخيرة بين المستوليتين ذا أهمية عملية . وتقتصر هنا على معيار الخطأ المهني ، وهو واحد في المستوليتين كما قدمنا .

ذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى وجوب التمييز في مزاولة المهنة بين الخطأ المادى والخطأ المهني . فالخطأ المادى هو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاولة مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة ، كما إذا أجرى الطبيب عملية جراحية وهو سكران . ومعيار الخطأ المادى هو معيار الخطأ المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المادى . أما الخطأ المهني فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للمهنة ، كما إذا أخطأ الطبيب في تشخيص المرض . ولا يسأل صاحب المهنة ، في نظر هؤلاء الفقهاء ، عن الخطأ للهنى إلا إذا كان خطأ جسيماً ، حتى لا يقد به الخوف من المسؤولية عن أن يزاول مهنته بما ينبغي له من الحرية في العمل ومن الطمأنينة والثقة في فنه وفي كفايته الشخصية^(١) .

(١) لوران ٤ ، قرة ١١٨٧ . ديموج ٢٦٤ — سافاتييه في تعليقه في دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ .

[وقد قضت محكمة النقض (المائرة الجنائية) بأن إباحة عمل الطبيب أو الصيدل مشروطة بأن يكون حائزاً لمطابقاً للأصول الطبية المقررة ، فإذا فرط أحدهما في إتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية (الجنائية) بحسب تمهده القتل ونتيجته ، أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله . خطأ الصيدل بتقصيره لحول البوتوكاين كخدر موصى بنسبة ١/٠ . وهي تزيد على النسبة المسموح بها طبياً وهي =

وبهذا الرأى أخذ القضاء المختلط فى بعض أحكامه^(١).

والتمييز بين الخطأ الطبيعى فى مزاولة المهنة ، فوق أنه دقيق فى بعض الحالات^(٢) ، لا مبرر له . وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيين فى حاجة إلى الطمأنينة والثقة ، فإن المريض أو غيره من العملاء فى حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية . والواجب اعتبار الرجل القفى مسئولاً عن خطئه الطبيعى مسئولية عن خطئه العادى ، فیسأل فى هذا وذلك حتى عن الخطأ اليسير . وبهذا أخذ القضاء والفقه فى فرنسا وفى مصر^(٣) . والذى أدخل

١٠٠٠/١ = توجب مسئولية جنائياً ومدنياً . كما أن قيام الطبيب بإجراء عملية جراحية لتسترقاً أكثر من ساعة دون الاستئذان بطبيب لإخصائى التخدير وقيامه هو بمحض المريض بمحض ودون الإطلاع على زباجته لمرقة ما إذا كان هو المخدر الذى طلبه أم غيره يعتبر خطأ موجباً لمسئولته جنائياً ومدنياً .

(قس جئاً فى ٢٧/١/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة / ١٠ رقم ٢٣ ص ٩١) .

(١) قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها بأن مسؤولية الأطباء لا تتحقق إلا فى خطأ جسيم : ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ — ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩ — ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠ — ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٤ — ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٩ — ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٠ .

(٢) [أنظر الدكتور مرقس : دروس الدكتوراه فى السئولية ص ٣٧١ حيث يضرب أمثلة على دقة التفرقة بين الخطأ القفى والخطأ العادى منها خطأ الطبيب الذى لم يأمر بنقل المريض إلى المستشفى فى الوقت المناسب إذ لا يسهل وصفه بأنه خطأ عادى أو خطأ قفى . وكذلك إذا باشر الطبيب عملية جراحية خطيرة لا لفرض علاجى بل لمجرد إزالة عيوب طبيعية لا أثر لها فى الصحة إطلاقاً] .

(٣) سوردا فقرة ٦٧٧ مكررة — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٢٤ — لالو فقرة ٤٢٦ — ملزو فقرة ٥١١ . محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ يوليو ١٩١٩ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ — وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢١ — ١ — ١١٩ — وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ — وفى ٢٤ يولية سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٧٢١ — جريونيل فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ سيريه ١٩٤٧ — ٢ — ٣٨ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهم كان نوعه ، سواء كان خطأ قفياً أو غير قفى ، جسيماً أو يسيراً . لهذا فإنه يصح الحكم على الطبيب القفى بتركيب خطأ يسيراً ، ولو أن هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣) . وقضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأن الطبيب القفى يخطئ مسئول عن نتيجة خطئه ، بدون تفریق بين الخطأ المبنى والجسم ، ولا بين الفنين وغيرهم وللقول بعدم مساءلة الطبيب فى حالة خطأ المهنة إلا عن خطئه الجسم دون اليسير ، هذا القول كان مثار اعتراضات لوجود صعوبات =

اللبس في شأن الخطأ للنهي أن العيار الذي يقاس به هذا الخطأ هو أيضاً معيار فني . فهو معيار شخص من أوساط رجال الفن . مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ . فيما استقرت عليه أصول فنه . والأصول المستقرة للفن هي ما لم تمد محلا للمناقشة بين رجال هذا الفن ، بل إن جمهورهم يسلون بها ولا يقبلون فيها جدلاً^(١) . ومن ثم يبدو الخروج على هذه الأصول

في التمييز بين نوعي الخطأ ، ولأن نص القانون الذي يرتب مسؤولية الخطئ عن خطئه جاء عاماً غير مقيد ، فلم يفرق بين الخطأ المهني والجسم ولا بين الفنين وغيرهم . ويسأل الطبيب عن إعماله سواء كان خطأ جسيماً أو يسيراً ، فلا يجتمع الأطباء باستثناء خاص (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨) — أظن أيضاً استئناف مصر في ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٥٣ ص ٨٤ — محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٥٥ ص ١٣٧ . وقضت محكمة النقض بأن الطبيب مسئول عن تويض الضرر المترتب على خطئه في الممارسة ، ومسئوليته هذه مسؤولية تقصيرية (كفا) بعيدة عن المسؤولية التقاعدية ، قضى الموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى من غير مراقبة عليه (نقض مدني في ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) . وكانت محكمة الاستئناف المختاطة تقضي في الماضي بمسؤولية الطبيب ولو عن خطأ يسير مادام محققاً بمعياراً (certaine et caractérisée) استئناف غلط في ٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٢٠ — وفي ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣ .

وانظر في الفتحة للمصري : الدكتور سليمان مرقس في بحثه في مسؤولية الطبيب ومسؤولية لإدارة المستشفى (مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٥٥ وما بعدها) وفي مؤلفه الفعل الضار فقرة ٤٢ — فقرة ٤٤ — الدكتور ودع فرج في مسؤولية الأطباء والمجراحيين المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها) — معطاني مرعي في المسؤولية المدنية فقرة ٧٠ — ٧٣ — الدكتور أحمد حشمت أبوسيت طبعه ١٩٥٤ فقرة ٤٣٦ .

(١) أما المسائل الفنية التي تقبل المناقشة والتي لم يستقر عليها إجماع من أهل الفن ، فهذه لا شأن للقاضي بها ، وليس له أن يتدخل فيها برأى شخصي يرجع منهجاً على مذهب . وفي هذا المعنى تقول محكمة الإكسندرية الوطنية الكلية : « يسأل الطبيب عن خطئه في العلاج إن كان الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً تخلف فيه الآراء . فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختلفون عليها ، ورأى الطبيب اتباع نظرية قال بها العلماء ولو لم يستقر الرأي عليها فانبعها فلا لوم عليه . وعلى القضاء أن يتفاد النظر في المناقشات الفنية عند تقدير مسؤولية الأطباء ، إذ مهمته ليست المفاضلة بين طرق العلاج المختلف عليها ، بل قاصرة على الثبوت من خطأ الطبيب المبالغ » (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨ وقد سبقت الإشارة إليه) — ومن ثم فالخطأ التقني ، ولو كان يسيراً ، يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية . وفي هذا المعنى تقول محكمة استئناف مصر : « مسؤولية الطبيب عن خطئه مسؤولية تقصيرية (كفا) بعيدة عن المسؤولية التقاعدية . ومن مصلحة الإنسان أن يترك باب الاجتهاد مفتوحاً أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهنته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه وهو آمن مطمئن لا يسأل =

للسقرة خطأ لا يفتر ، ويكاد يلامس الخطأ الجسم ، فاختلط به . ولكن يجب التنبيه إلى أن أى خروج على هذه الأصول للسقرة ، جسيماً كان هذا الخروج أو بسيطاً ، يعد خطأ منهياً يستوجب المسؤولية . والشخص الفني الوسط الذى يؤخذ معياراً للخطأ المهنى يجب ألا يتجرد من الظروف الخارجية ، وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الصدد . فإذا كان طبيعياً وجب النظر إلى أية طائفة من الأطباء ينتمى : هل هو طبيب يزاول الطب بصفة عامة أو يعالج مرضى الحى من مختلف أنواع المرض ، أو هو إخصائى لا يعالج إلا أنواعاً معينة من المرض ، أو هو العالم الفقه الذى يرجع إليه فى الحالات المستعصية . لكل من هؤلاء أجره . ولكل مستواه المهنى ، ولكل معياره الفنى ^(١) . وما يقال فى الطبيب يقال فى المحامى والمهندس والزرعوى وغيرهم من رجال الفن ^(٢) .

٥٤٩ — الاعتداء على الشرف والسمعة : وكثيراً ما يكون الخطأ اعتداء على الشرف والسمعة . وليس من الضروري أن يكون المعتدى سيئ النية ، بل يكفي أن يكون أرعن متسرعاً ، وفى الرعونة والتسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وهذا خطأ موجب للمسئولية . والاعتداء على الشرف والسمعة يقع بطرق مختلفة :

== إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عمياً لا يأتيه من له إلام بالفن الطبى إلا عن رهونة وعدم تبصر « (٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٨٥ من ٢٥٨) .

(١) وقول محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى : « وبالنسبة للأطباء الإخصائين يجب استعمال منتهى الشدة معهم ، وجعلهم مسؤولين عن أى خطأ ولو كان بسيطاً ، خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم ، لأن واجهم الدقة فى التشخيص والاعتناء وعدم الإعمال فى المعالجة » (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ من ٧١٣ وقد سبق الإشارة إليه) . انظر أيضاً فى هذا المعنى الدكتور ودع فرج فى مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ من ٣٩٩ — من ٤٠٠ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٤٤) .

(٢) [انظر فى مسؤولية المحامين : دروس الدكتوراه للدكتور سليمان مرقس — بند ١٩٢ من ٣٩٦ — وفى مسؤولية المهندسين والمقاولين : نفس المرجع من ٣٩٨ بند ١٩٣ — وفى مسؤولية المصارف بند ١٩٤ من ٣٩٩ — وانظر أيضاً دى باج ج ٢ بند ١٣٩٥ و ١٦٧٨ وما بعده . وكذلك بند ١٤٢٤ — بيان ج ٩ مكرر بند ١٤١٧ — وانظر قرض مدنى ١٩٥٣/٤/٢٣ — مجموعة أحكام القس ٤ من ٩١٦ رقم ١٣٦ حيث قضى بمسئولية المحامى عن تمويض موكلته إذا لم ياتشر الاستئناف المرفوع منها عن حكم صدر ضدها بعد أن اتفق معها على الحضور فى ذلك الاستئناف] .

يقع عن طريق النشر في الصحف بالسب والقذف^(١)، حتى لو اتفق سوء النية ما دامت هناك رعونة وعدم احتياط^(٢). ولكن يراعى عدم التشدد في اعتبار ما ينشر في الصحف سباً أو قذفاً في بعض الظروف التي تقتضي الإطلاق من حرية الصحافة من أجل المصلحة العامة، وذلك كظروف الحرب^(٣)، وظروف الانتخابات^(٤)، وفي الحملات الصحفية التي تقوم لنرض التطهير من فساد منقشر^(٥)، وفي النقد العلمي والفني البريء^(٦).

ويقع الاعتداء عن طريق البلاغ الكاذب. وليس سوء النية شرطاً في المسؤولية التصورية كما هو شرط في المسؤولية الجنائية. فقد يحفظ البلاغ الكاذب ويكون صاحب البلاغ مع ذلك مسئولاً مدنياً لأنه كان أرعن مفسرماً ولو أنه لم يكن سيء النية^(٧). كما قد يكون صاحب البلاغ غير مسئول لا جنائياً ولا مدنياً لأنه لم يكن سيء النية ولم يرتكب رعونة أو تسرعاً^(٨). ويكفي لنفي التسرع والرعونة أن يتجمع لدى المبلغ من الدلائل

(١) استئناف مخطوط في ٢ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٨ — وفي ٢١ فبراير ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ — وفي ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٩٨ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٨ .

(٢) استئناف مخطوط في ٣ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٥ — وفي ١٦ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩١ — وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٢ — وفي ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٤ — وفي أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٨ — وفي ٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٦ .

(٣) استئناف مخطوط في ٢١ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٢ .

(٤) استئناف مخطوط في ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٤ .

(٥) استئناف مخطوط في ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٣٧ .

(٦) استئناف مخطوط في ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٩٠ — وفي ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٥١ . وانظر في حدود النقد المباح من النواحي العلمية والأدبية والتاريخية ما زو فيقرة ٥١٥ — .

(٧) دائرة التقض بمحكمة الاستئناف في ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ — استئناف وطني في ١٩ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٤١ ص ٢٨٢ — استئناف مخطوط في ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٣٢ — وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٥ .

(٨) استئناف مخطوط في ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٦ — وفي ١٦ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٦ .

ما يلقى في روعه صحة ما يبلغ عنه ولو لم يكن صحيحاً في الواقع . ويتخذ في هذا معيار موضوعي مجرد هو المعيار المعروف للخطأ . فلا يكفي أن تكون هذه الدلائل قد ألفت في روع للبلغ ذاته صحة ما بلغ عنه ، بل يجب أن يكون من شأن هذه الدلائل أن تلقى ذلك في روع الشخص العادي المجرد عن الظروف الداخلية التي تحيط بالبلغ^(١) .

ويقع الاعتداء عن طريق دفاع في دعوى يتهم فيها الخصم خصمه أو يتهم الشهود أو الخبراء تهماً غير صحيحة تقطو على الرعونة والتسرع ، حتى لو لم يكن الخصم سيء النية في هذا الاتهام^(٢) .

ويقع الاعتداء عن طريق إذاعة أخبار غير صحيحة أو إشاعات كاذبة تمس سمعة شخص ، دون أن يصطنع للذبح الحيلة الواجبة للتثبت من هذه الأخبار والإشاعات قبل إذاعتها^(٣) .

ويقع الاعتداء عن طريق إعطاء معلومات كاذبة ، بسوء نية أو عن رعونة^(٤) . ولكن للصحة التي تذكر أسباب فصل موظف من موظفيها بناء على طلب قدم لها في هذا الشأن لا تكون مستولة^(٥) . ولا يكون مسئولاً بوجه عام من أعطى معلومات عن

(١) أما إذا كان المبلغ موظفاً من موظفي الأمن العام فلا مسئولية عليه إذا هو بلغ قبل أن يتثبت من صحة الخبر إذا قامت عنده شبهات جدية كافية ، لأن التبليغ عن الجرائم واجب عليه بمقتضى القانون (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحللة ١٠ رقم ١٦٩ من ٣٣٧) . كذلك يكفي لعدم مسئولية البالغ أن يكون هو المني عليه متى قامت لديه شبهات جدية تبرر الاتهام (أنظر في الموضوع مصطنع مرمى في المسئولية المدنية فقرة ٨٥ — مازو ١٠ فقرة ٥٠٠) .

(٢) استئناف مخطئ في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨٠ م ٣٣٠ — وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨٠ م ٣٨٠ — وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٧ م ٢٧١ — وفي ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٧ م ٤٢٧ .

(٣) استئناف مخطئ في ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٤١٩ .

(٤) استئناف مخطئ في ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٤١٩ (وقد سبقت الإشارة إليه) . أنظر أيضاً مازو ١٠ فقرة ٥٠١ .

(٥) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المحللة ٤ رقم ٤١٢ م ٥٣٨ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ م ٢٨٦ .

الذير بحسن نية وبطريقة سرية وبناء على طلب معين^(١).

٥٥٠ — فسخ الخطبة وهو غواء : والخطبة ، أو الوعد بالزواج ، ليست عقداً ملزماً ، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص — بقدر — أن يتزوج ، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين ، فقل هذا التقيد يكون مخالفاً للنظام العام . ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج ، إذ لم يكن خطأ عقدياً ، قد يكون خطأ تقصيرياً يوجب التعميز^(٢) . ومعيار الخطأ هنا هو المعيار المعروف ، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص المادى في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب ، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسألة بالتقصير . والأصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقاً في التعميز إلا عن الضرر للمادى^(٣) . ولكن إذا سبقه استغواء فإنه يلزم بالتعميز عن الضرر الأدبى^(٤).

(١) استئناف مخطط في ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ١٦٤ .

(٢) استئناف مخطط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٢١١ — وفي ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٨٩ — وكفسخ الخطبة الطلاق ، كلاهما رخصة لا يجوز الانحراف في استعمالها عن السلوك المألوف للشخص المادى . فإذا غير زوج مسيحي دينه ليطلق امرأته كان مسئولاً عن التعميز (استئناف مخطط في ٥ يولية سنة ١٩٠٧ م ١٩ من ٢٨٧) . أما الزوج المسلم إذا طلق امرأته فلا يكون في الأصل مسئولاً إلا عن مؤخر الصداق (استئناف مصر في ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٥٨ من ١١٩ — استئناف مخطط في ٢٠ يولية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٤٨٦) . ولكنه قد يكون مسئولاً أيضاً عن التعميز إذا كان استعماله لرخصة الطلاق خطأ يوجب مسئولته التقصيرية (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦٥ من ١٠٧ — محكمة شين الكوم في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢/٧٧٧ من ٥٤٠ — محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٦٤ من ١١٣٣ — طعن محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٨ من ٨٢ — وانظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور السيد مصطفى السيد [وانظر كذلك كتاباً للدكتور توفيق حسن فرج بعنوان : الطبيعة القانونية للخطبة ، وأساس التعميز في حالة الدول عنها — مطبعة جامعة الاسكندرية سنة ١٩٦٣] .

(٣) استئناف مخطط في ٧ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٢١٤ — وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ١٣٤ .

(٤) استئناف مخطط في ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٣٢٣ من ٢٥٢ — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٣٠٧ .

على أنه إذا استسلم الخطيبان للضغف الجنسي ، فلا تعويض لا لضرر مادي ولا لضرر أدبي ، حتى لو كان هناك مشروع للزواج لم يتم ^(١) . وإذا كان فسخ الخطبة بين خطيبين أحدهما قاصر ، فوالد الخطيبة هو المسئول إذا كان هو السبب في الفسخ ^(٢) .

هذه للبداية الواضحة ، على وضوحها ، لم تستقر في القضاء المصري إلا بعد اضطراب وتأرجح . فقد صدرت أحكام ، من القضاء الوطني بنوع خاص ، تقضي بأن فسخ الخطبة لا يوجب التعويض إذ هو أمر مباح فلا سبيل إلى تحميل الخطيب ، الذي يعدل ، مسؤولية عمل مشروع ، والقضاء ممنوع من تقييد البحوث العامة ، كما أن تحرى الدوامل التي دعت إلى فسخ الخطبة والظروف التي لا يست هذا الفسخ يقتضي التدخل في أدق الشؤون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بمحرمات الناس ، هذا إلى أن الشريعة لم تحمل الزوج الذي يطلق قبل الدخول إلا خسارة نصف للمهر الذي دفعه ، فكيف يصح إلزام الخطيب بتعويض قد يربى على ذلك إن هو عدل عن الخطبة ^(٣) وفي الوقت ذاته صدرت أحكام أخرى ، من القضاء الوطني والقضاء المختلط ، تقضي بجواز التعويض عن فسخ الخطبة ، وبخاصة إذا سبق الفسخ استهواء أو سببت الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية . ذلك أن الحكمة في جواز المدول عن الخطبة هي تمكين طرفيها من تفادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه ، فلا تحمى الشرائع عدولاً طائشاً لا يبرره مسوغ يقتضيه ، وخسارة نصف للمهر في حالة الطلاق قبل الدخول ليست إلا مقابلاً للطلاق في ذاته مجرداً عن كل ظرف آخر يجعل منه فعلاً ضاراً موجباً للمسئولية المدنية ،

(١) استئناف مختلط في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٤ .

(٢) استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ .

(٣) أنظر في هذا المعنى استئناف مصر الوطنية في ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ ص ٣٢٤ — وفي ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٥ ص ٦٨ — وفي ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٣١٣ ص ٦٢٦ — وفي ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤/٤٢٢ ص ٨٥٥ — محكمة الزقازيق الاستئنافية في ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧٥ ص ١٣٢ .

ولا يستطيع القضاء أن يضطر عن سلطته في تقدير الأفعال التي يترتب عليها إضرار أحد الخطيئين بالآخر ، سواء كان ذلك بسلكه أثناء الخطبة أو بعدوله عنها بكيفية ضارة ، احتجاجاً بدقة تقدير مثل هذه الأمور الشخصية اللصيقة بالحرمان . فما كانت دقة النزاع لتصلح دفماً يمدم اختصاص القضاء بنظره ، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه شيء أكثر من الأعراض والحرمان لمساسها بذات الإنسان^(١) . ثم إن الأحكام التي قضت بمجواز التعميـض ذهب بعضها إلى أن الخطبة عقد ملازم ، المدلول عن الوفاء به يوجب التعميـض^(٢) . ولكن الكثرة الغالبة ذهبت إلى أن التعميـض إنما يعطى على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية^(٣) .

(١) أنظر في هذا المعنى استئناف مصر الوطنية في ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١ — وفي ٣٠ يونية سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٢٦٧ ص ٥٣٩ — محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ ص ٥٣ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٣٠ ص ٧٣ — استئناف سوهاج الكلية في ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ الحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦ — استئناف مـختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٢٠ ص ٣٠٧ — وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩ — وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٦ — وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٢ — وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٢ . ويؤيد الأستاذ مصطفى مرعي هذا الرأي في كتابه المسؤولية المدنية (قرة ١١٧ — قرة ١٢١) وبورد طائفة من أحكام القضاء التي أخذت به والتي أخذت بكـه .

(٢) وأظهر حكم في هذا المعنى ما قضت به محكمة سوهاج الكلية ، وقد جاء في حكمها ما يأتي : « الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها ، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدها من أي تقدير قانوني . ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج ، فهو ارتباط قانوني وعقد قائم . وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التماقذ التهادني في الوقت اللام . وإنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عيناً أي إجراء هذا التماقذ التهادني لأن الوعد بالتماقذ لا ينفي . إلا حقاً شخصياً ، إلا أن المدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعميـض . وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً ، إذ لسلك من الطرفين أصلاً أن يحد من وعده . ولكن إذا أجرى ذلك في تهور أو عنف أو خالاً مما يبرره أو بشيء مسوغ مشرور أو لجرد الهوى ، فإن ذلك يوجب التعميـض . والتعميـض الأدبي لا يقصد به الإثراء ولكن لرد الكرامة وعو الأثر السيئ الذي تخلف عن فعل الخطيـئ . وتستحق الخطيـئ تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من ممدات الزواج في مجموعها ما دامت لا تضمن الانتفاع بها على الوجه الصحيح » (سوهاج الكلية في ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ الحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦ . وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٣) وتقول محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في هذا المعنى ما يأتي : « ومنشأ المسؤولية في هذه

والذى يمكن تقريره في هذا الشأن ، باعتبار أن القضاء قد استقر عليه ، هو ما يأتى :

(١) الخطبة ليست بعقد ملزم . (٢) مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتبويض (٣) إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ، ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين ، جاز الحكم بالتبويض على أساس المسؤولية التقصيرية . وقد قررت محكمة النقض أخيراً هذه المبادئ في حكم لما جاء فيه ما يأتى : « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه في أى وقت شاء خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتواعدين كامل الحرية في مباشرته ، لما للزواج من الخطر في شئون المجتمع . وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهلهذاً بالتبويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول ، قد لا زمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين ، فإنها تكون مستوجبة للتضمين على من وقتت منه . وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها — بغض النظر عن العدول المجرد — أفعال ضارة موجبة للتبويض ^(١) .

== الحالة هو الإساءة وهي فعل ضار ، فهي مسئولية عن شبه جنعة ، وليست مسئولية تماقدية منشؤها الإخلال بعقد . (الاسكندرية الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ ص ٥٣ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(١) قض مدنى في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٤ ص ٣٠ — انظر أيضاً في هذا المنى نظرية العقد للوئلف فقرة ٤٨٠ . [وانظر محكمة بنها الكلية ١٦ مارس سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ١٩٥ ص ٤١٥] .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه يتعين للحكم بالتبويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمه أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاماً ومنسوبة لأحد الطرفين وأن يتبع عنه ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر . فإذا كان بين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالتبويض عن فسخ الخطبة على ما ورد فيه من أن الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لتير ما سبب سوى طمعه في مال والد خطيبه لرفضه أن يخس ابنته بنصيبها في ماله حال حياته ، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولاً طائفاً ليس له مسوخ يقتضيه وربتت عليه الحكم بالتبويض ، وكان سبب العدول على هذا النحو لاسماً بالعدول ذاته وبمجرداً عن أى فعل خاطئ مستقل عنه ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في القانون إذ قضى للطعون عليها بالتبويض . قض مدنى في ١٩٦٠/٤/٨ بمجموعة ==

أما الإغواء (séduction) فلا يكون سبباً في التمييز إلا إذا اضطلع بالخدمة والنفس أو اقترن بضبط أدبي^(١). فإذا كانت نغمة الإغواء في سن تسمح بتدبر العواقب، كان هذا سبباً في تخفيف التمييز^(٢). وإذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكنى إليه الطرفان، ورضيت المرأة أن تكون خلية على علم من أقاربها فلا تمييز^(٣) فإذا وعد الخليل خليلته بعد هجرها بالتمييز كان هذا قياماً بالتزام طبعي، بخلاف ما إذا كان هذا الوعد سابقاً على الماشرة وقد قصد منه الإغراء فيكون باطلاً لعدم مشروعية السبب، وقد تقدم بيان ذلك. وقد يكون الإغواء سبباً للتمييز. حتى لو كان الشاب قاصراً، فإن المسؤولية هنا تقصيرية لا عقدية، والناصر تحوز مساءلته تقصيرياً^(٤).

٥٥١ — مازت أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري: وهناك، عدا ما تقدم، حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري توجب المسؤولية^(٥). منها الأعمال التي ترتب عليها

== أحكام النفس السنة ١١ رقم ٥٥ من ٣٥٩ .

[وقضت محكمة النفس بأن استقالة أمد الخطبة في الزواج والأحجام عن إعلانه ثم المدول عن الخطبة، كل ذلك أمور لا تقيد سوى المدول عن إتمام الخطبة ولا تعد أعمالاً مستقلة بذاتها عن هذا المدول. وعبرد المدول عن الخطبة — على ما جرى به قضاء محكمة النفس — لا يعد سبباً موجباً لتمييز منها استتالات مدة الخطبة إلا إذا اقترن هذا المدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألقت ضرراً بأحد المخطبين .

(١) قض مدني في ١٥/١١/١٩٢٦ مجموعة أحكام النفس السنة ١٣٠ رقم ١٦٠ من ١٠٣٩] .

(٢) استئناف مخطوط في ٢٩ يناير سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٢٣٩ من ٧٦ .

(٣) استئناف مخطوط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٩٤ م ٧ من ٣٨ .

(٤) استئناف مخطوط في ٢ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ من ٣٦٨ — وفي ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤٩٨ — وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٥ من ١٣١ .

(٥) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٦ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٢ من ١٢٦ — محكمة القاهرة الكلية المختلطة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ١٧٣ من ٦٧ .

(٥) [انظر مثلاً على حالة من هذه الحالات : ما قضت به محكمة النفس من أن المؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه مالياً بالطريقة التي يراها فلا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق بغير إذن منه وإلا كان عمله عدواناً على الحق الذي اعترف به الصارع المؤلف وإخلالاً به وبالتالي عملاً غير مشروع وخطأ يستوجب مسئولية قاعله عن تعويض الضرر الناشئ عنه : قض مدني في ١٠/٧/١٩١١ مجموعة أحكام النفس السنة ١٢ رقم ٩٣ من ٦٠٢] .

مسئولية شركات المياه والغاز والنور^(١). ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة، وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية (الماركات)، أو استعمال طرق احتيالية كاتخاذ اسم تجارى مقارب للاسم التجارى الزاحم. وقد تقع المنافسة غير المشروعة باغراء عمال للتجبر الزاحم على ترك متجهم إلى التجبر الآخر. وتقع كذلك بنشر إشاعات كاذبة عن التجبر الزاحم، وبالقشهر ببيع هذا التجبر، وغير ذلك من وسائل المنافسة غير المشروعة^(٢).

(١) أنظر في هذه المسألة : استئناف مختلط في ٦ يوفية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٦ — وفي ٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٨ — وفي ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٢ — وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ — وفي ٥ يوفية سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٩٤ — وفي ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ — وفي ١٤ يوفية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧ — وفي أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٠ — وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٩ — وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٥٤ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت عمكة الموضوع قد أسست قضاءها بالتعويض على أن خطأ تعصيراً أجبساً قد وقع من المجلس البلدى واستند في ذلك إلى ثبوت إحمال المجلس في عدم وضع الجيش القطرون والبلد حول وصلة المياه الخاصة بمنزل المشترك عند تركيبها لحمايتها من التآكل وإلى إحماله كذلك في عدم تمهيد هذه الوصلة والمواسير الأخرى بالكشف عليها في الوقت المناسب وعدم تعاركه ما قد يصيبها من تلف بتقدم العهد عليها مع علمه مقدماً باحتمال حصول هذا التآكل وخطئه في تقدير هذه الاحتمالات جميعاً مما ترتب عليه تآكل الماسورة فعلاً وتسرب المياه لمنزل المشترك وتصدع بناؤه — وكان الحكم قد بين رابطة السببية بين هذا الخطأ التقصيرى الذى وقع من المجلس البلدى وما أصاب للمشارك من ضرر فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في القانون : قض مدنى في ١٠/٢٥/١٩٠٦ مجموعة أحكام التقض السنة ٧ رقم ١٢٢ ص ٨٥٧] .

(٢) أنظر الموجز في النظرية العامة للالتزامات المؤلف فقرة ٣٢٠ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة لا تخرج عن أن تكون دعوى مسئولية عادية أساسها الفعل الضار فيحق لكل من أصابه ضرر من فعل المنافسة غير المشروعة أن يرفع الدعوى يطلب تعويض ما أصابه من ضرر من جرائمها على كل من شارك في إحداث الضرر متى توفرت شروط تلك الدعوى ومضى الخطأ والضرر ورابطة السببية بين الخطأ والضرر .

قض مدنى في ١٤/٦/١٩٠٦ مجموعة أحكام التقض السنة ٧ رقم ١٠١ ص ٧٢٣] .

كما قضت في حكم آخر بأن المنافسة التجارية غير المشروعة تعتبر فعلاً تعصيراً يستوجب مسئولية فاعله عن تعويض الضرر المترتب عليه عملاً بالمادة ١٦٣ من القانون المدنى — ويعد تجاوزاً لحدود المنافسة —

ومنها الإجراءات القضائية الكيدية^(١) ، كالدعوى والدفع الكيدية^(٢) ، ودعوى

المشروعة ارتكاب أعمال مخالفة لقانون أو اللوائح أو استخدام وسائل منافية لمبادئ الشرف والأمانة في المعاملات إذا قصد به إحداث لیس بين منشأتين تجاريتين أو إيجاد اضطراب بأحداهما متى كان من شأنه اجتذاب عملاء إحدى المنشأتين للأخرى أو صرف عملاء المنشأة عنها : قض مدني في ١٩٥١/٦/٢٥ بمجموعة أحكام المجلس السنة ١٠ رقم ٧٧ ص ٥٥٥ .

[كما قضت في حكم ثالث بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد أوضح أركان المسؤولية الموجبة لتعويض من خطأ هو إخلال الطاعنين بالتأكد ومنافستهما المطعون عليه منافسة غير مشروعة ومن ضرر محقق نتيجة لأن التسمية التي اتخذها الطاعنان لعمركتهما توجد لبساً في تحديد مصدر منتجات كل من الفركتين لدى المستهلكين ومن وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر فلا عمل قلبي عليه بالتصور .

(قض مدني في ١٩٥٩/١١/١٢ بمجموعة أحكام السنة ١٠ رقم ٩٨ ص ٦٥١) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الالتجاء إلى القضاء رخصة لا ترتب تعويضاً (استئناف مخطوط في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧٢) إلا إذا كان مصحوباً بسوء نية أو خطأ جسيم (استئناف مخطوط في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٤ — وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١) — ومن الأمثلة على الإجراءات الكيدية الاستئناف الكيدى (استئناف مخطوط في ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٥) ، والتمس إعادة النظر الكيدى (استئناف مخطوط في ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) ، ومعارضة الخصم الثالث الكيدية (استئناف مخطوط في ١٦ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٢) . وقضت محكمة النقض بأن إنكار الدعوى إن كان في الأصل حقاً لكل مدعى عليه ، إلا أن هذا الحق يتقلب بحسبته إذا اجتنب المدعى عليه مضارته خصمه وتعمد في الإنكار أو غلب فيه أو تحيل به (قض مدني في ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٤ ص ٩٣) — وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن لإنكار الأخت لأخيها بعد دفاعاً كيدياً ، فيحكم على الأخت بتعويض الضرر للمدعى الذى أصاب أخاها من جراء هذا الإنكار وهي المصاريف التى صرفت منه في سبيل إثبات وراثته ، وتزعم أيضاً بتعويض الضرر الأدبي الذى أصاب أخاها بسبب إنكارها (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ المراجع ٣ رقم ١٩٢) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوارث الذى يخسر دعوى الاستحقاق في صورة دفع في معارضة ضد تتييه بنزع الملكية وبدلاً من أن يتألف يرفع دعوى استحقاق مستقلة يكون مسئولاً (١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨) .

(٢) انظر : استئناف مخطوط في ٧ نوفمبر سنة ١٨٨٦ م ١ ص ٣٦٩ — وفي ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٥ — وفي ١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠١ — وفي ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٢٠ — وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ — وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٣ — وفي ١١ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٦٥ — وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٧ ص ٢٩٢ — وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٧ ص ٣٢٥ .

[وانظر في الفقه : جوسران في نسبة الحق والتصرف في استعمالها — الطبعة الثانية ١٩٣٢ ص ٥٧ وما بعدها بند ٣٩ (المسؤولية عن الدعوى والدفع الكيدية) والمراجع التى أشار إليها] . =

الإفلاس الكيدية^(١)، والتنفيذ الكيدي^(٢). ومنها المضار الفاحشة للجوار^(٣). وقد

== [واظن قس مدني ١٥/١٠/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة (١٠) رقم ٨٧ من ٥٧٤ حيث قضى بأن حق الانجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكفالة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشره الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مفارقة الغير .]

(١) استئناف مخطوط في ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ من ٤١ — وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ من ٤٢ .

(٢) ويد تنفيذاً كيدياً أن ينفذ الدائن على أموال مدنيه بما يزيد كثيراً على الدين ، إذا كانت هذه الأموال قبل التزجزة بحيث كان يمكن التنفيذ على بعضها (استئناف مخطوط في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ من ٨٩) — ويد كذلك تنفيذاً كيدياً التنفيذ ببالغ أكثر من اللبالغ المستحق (استئناف مخطوط في ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ من ٢٦٧) . ويترتب الدائن الذي ينفذ بحقه مسئولاً عن صحة إجراءات التنفيذ ، فإذا أخطأ فيها بما يجعل الزاد باطلاً ، كان مسئولاً عن تمويض الراسي عليه الزاد بمقتضى هذا الخطأ التقصيري (استئناف مخطوط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ٤٥ — وفي ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ١٨٧ — وفي ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ١٦٠ — وفي ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٤٩) . كذلك المدعي إذا علم أن الشيء المحجوز عليه ليس ملكه ومع ذلك يترك التنفيذ يتم ويخصم الثمن انتهى رسماً به الزاد من دينه ، فإنه يكون مسئولاً (استئناف مخطوط في ٩ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ٨٢) . ومن الأمثلة على التنفيذ الكيدي المجزئ الفضائي الكيدي (استئناف مخطوط في ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ من ١٣٤ — وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ من ٣١ — وفي ١١ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٢٢٣) ، والمجزئ الإداري الكيدي (استئناف مخطوط في ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٢٨١ — وفي ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٣٤٦) ، والحراسة الكيدية (استئناف مخطوط في أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ٣٤٧) . ولا يعتبر تنفيذاً كيدياً أن يوقع الدائن المجزئ على محمولات المتأجر من المدين بحسن نية ولا يقدم المتأجر ما يدل على أن المحمولات له (استئناف مخطوط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ من ٥٥) .

أظن في حق الادعاء وحق دفع الدعوى وحق الاستمانة بوسائل التنفيذ والتخلف إذا كان استعمال هذه الرخص كيدياً إلى مصطفي مرعي في المسؤولية المدنية فترة ٨٦ — ١٠٢ [وجوسبران بند ٥٥ وما بعده] . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد استغفلت في حدود سلطاتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التي رفضت من الغير وقضى فيها جميعاً بالرفض ، كانت دعاوى كيدية أقيمت بإسناد من الطاعن والتواطؤ معه اضراً بالمطعون عليه كما استدلت على كيدية الدعاوى التي رفضها الطاعن على المطعون عليه بحضيه في التقاضي رغم رفض جميع دعاويه السابقة وباستمراره في اغتصاب الألمان موضوع النزاع رغم الأحكام المتعددة الصادرة عليه ، فإنه يكون في غير محله التمس على حكمها بالقصور في بيان ركن الخطأ في مسؤولية الطاعن .

قضى مدني في ١٠/٤/١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ١٣٣ من ٩١٦ .

(٣) ويلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدني الجديد رسمت حداً لمحق الملكية ، قضت ألا يغلو =

تترتب مسئولية الحكومة لأعمال تصدر من موظفيها مخالفة للقانون^(١).

١٠٠٠ الملك في استعمال حقه إلى حد يضرب ملك الجار ، وأن الجار أن يطلب لإزالة مضار الجوار إذا تجاوزته الحد المألوف . فالخروج عن هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية بعد خروجها على حدود الحق لا تصفاً في استعماله (قارن مصطفي مرعي في المسؤولية المدنية فقرة ١١١ — فقرة ١١٦) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا الصدد بأن الشركة التي تقيم مصانع وآلات في أحياء لكن تكون مشغولة عما يقع من أضرار غير مألوفة (استئناف مختلط في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا نجم عن تفهيد بناء ضرر للمتار المجاور ، فإن صاحب البناء والمقاول والمهندس مسئولون بالتضامن عن الضرر (استئناف مختلط في ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٢) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المجلرى على قطعة من أملاكها ألقت إدارتها راحة السكان في حي محصن للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر الوطنية في ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١) . وقضت بالألمة في إذا بنيت منازل بجانب مصانع كانت موجودة قبل بناء المنازل (استئناف مصر الوطنية في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٤١ ص ٨٩) .

[انظر جوسران : المرح السابق صحيفة ٥٧ وما بعدها بند ٣٩ (المسؤولية عن النصف في التنفيذ)

— وبند ٤٣ (المسؤولية عن النفاذ المجل) — والبند التالية فيه إلى بند ٦٢ ص ٩٢] .

[وأظر قضى مدنى ١٩٥١/٢/١ مجموعة أحكام القضاء السنة الثانية ، رقم ٥٧ ص ٢٩٧ حيث قضى بأن الدعوى التي يرفضها السائر طلب التعويض عما لحقه من أضرار بسبب حجز أوقفه المؤجر إذا ثبت فيها تأخر السائر في دفع بعض الأجرة وإحالة في طلب رفع الحجز بعد سداد كامل الأجرة — دون الضرروقت — فإن رفضها على أساس اضطلاع به الإضرار لدى المؤجر يكون قضاء سليماً] .

(١) ومسئولية الحكومة مسئولية تجميعية لا تخضع للقضاء الإدارى كما قسمنا . ومن ثم لم تتقرر مبادئ خاصة بهذه المسئولية الإدارية على غرار المبادئ التي قررناها مجلس الدولة في فرنسا وهو مختص بنظر هذا النوع من الأفضية . والقضاء المادى في مصر يطبق في شأن مسئولية الحكومة مسئولية تجميعية قواعد المسئولية التي يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة . ويبدو ذلك بنوع خاص في رفض هذا القضاء تحميل الحكومة ثمة الأشفال العامة التي تقوم بها لمصلحة المجموع . وقد وصل مجلس الدولة في فرنسا إلى تحميل الحكومة هذه الثمة ، فلا يشترط خطأ لجعل الحكومة مسئولة عن الأضرار التي تقع بسبب ما يقوم به من الأشفال العامة ، وهذا ضرب من التضامن الاجتماعى إذ يعوض المجموع الفرد ما يلحقه من الضرر عن عمل تم لمصلحة المجموع .

ونذكر بعضاً من الأحكام التي صدرت من المحاكم الوطنية في مصر في شأن مسئولية الحكومة مسئولية تجميعية : قضى جنائى في ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٩ (مسئولية الحكومة عن أعمال موظفيها في أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبة) — قضى مدنى في ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٤٢ ص ٨٣ (مسئولية الحكومة عن إلقاء أجنبي مجبوراً مدة طويلة بفرنس لإبعاده) قضى مدنى في ٣ يونيو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦١ ص ١٧٠ (عدم مسئولية الحكومة —

من ضرر تحقق حصوله من مشروع عام ما دام المشروع قد تخذ بطريقة فنية ولم ترض المحكمة العليا أن تحمل الحكومة ثمة الأختال (العلمة) — قضى مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ ولم ١٦٥ (٥٥٥) (مسئولية الحكومة عن استيلائها على أرض وسواقي قبل نزح ملكيتها) .

[وقد قضت محكمة النقض بأن استيلاء الحكومة على عطار جبراً عن صاحبه بدون اتباع إجراءات قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض ، ويكون شأن الملك عند مطالبته بالتعويض شأن الضرر من أى عمل غير مشروع فله أن يطالب بتعويض الضرر سواء فى ذلك ما كان قائماً وقت النصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك لى تاريخ الحكم : قضى مدنى فى ١٤/١١/١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض السنة ٨ رقم ٨٦ من ٧٨٣] — قضى مدنى فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٢٧ من ٣٨٧ (مسئولية الحكومة عن مرض وبائى فى الأشجار المفروسة فى جوانب الطرق العلمة) — قضى مدنى فى ٤ مارس سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٣٣ من ٦٢ (مسئولية الحكومة عن تشييت للظواهرات وقتل شخص غير مظاهر) — قضى مدنى فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٧٤ من ٢٠٦ (مسئولية الحكومة عن ترعة سببت نشطاً) — بل وقد تسأل الحكومة عن بطنها غير العادى فى قتل التكليف (استئناف مخطوط فى ٥ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٠ من ١٩٣٩) — استئناف مصر الوطنية فى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ٧ رقم ٣٣ من ٥٩ (مسئولية الحكومة عن الحوادث التى تقع بسبب مزلفانات السلك الحديدية : انظر أيضاً فى هذه المسألة : استئناف مصر الوطنية فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٩٠ من ١٧٥ وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٠ من ١١٨٠) — استئناف مخطوط فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٣١٥ من ٦١٠) — استئناف مصر الوطنية فى ١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٧ من ٢٣٨ (تخريب وزارة الزراعة الأشجار بطريقة فنية لا يوجب مسئوليتها) — استئناف مصر الوطنية فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ من ٧٢٠ (مسئولية الحكومة عن إعمال قلم المحضرين) — استئناف مصر الوطنية فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٤ من ٥٥٨ (ضرورة عدم مجاوزة المدة اللازمة لإطلاق النار على المتظاهرين) — استئناف مصر الوطنية فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٩٤ من ١٩٤ (إصابة خفير شخصاً خطأ بجيار نارى — انظر أيضاً استئناف مخطوط فى ١٩ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ٢٠١ : عسكري يطلق البنقية قبل الإنذار) — استئناف مصر الوطنية فى ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٣ من ٥٩٣ (سحب رخصة آثار مخالف للقانون) — استئناف مصر الوطنية فى ٧ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٦٩٣ من ١١٨٥ (تحويل الأهالى عن أعمال الوقاية من الفيضان كقطع جسر انيل وتصريف المياه فى أرض النير) .

[وانظر أيضاً قضى مدنى ١٨ نوفمبر ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦ من ١٢٧ — ٢٠ أكتوبر ١٩٥٥ — قضى المجموعة ٦ رقم ١٨٦ من ١٣٨١ (مسئولية الحكومة عن تفريق المتظاهرات فى حالة تجاوز رجال الشرطة الحد اللازم لتحقيق هذا الغرض) — ١٥ مارس ١٩٥٦ — قضى المجموعة ٧ رقم ٤٦ من ٣١٠ (مسئولية الحكومة عن تنفيذ المشروعات العامة) — وقضى مدنى ٢٥/١٠/١٩٥٦ بمجموعة ٧ رقم ١٢٢ من ٨٥٧ (مسئولية المجلس البلدى عن إعماله فى تهديد وصلة المياه الخاصة بمنزل المشترك وتأكل الماسورة) — وانظر فى تطبيقات مختلفة فى الخطأ التقصىرى : حسين عامر فى المسئولية المادية فقرة ٢٧١ — فقرة ٢٨١] .

§ ٢ — التصف في استعمال الحق (*)

(Abus du droit)

٥٥٣ — مسائل عامة : قلنا أن الخطأ يكون لافي الخروج عن حدود الرخصة .
فحسب ، ولا في الخروج عن حدود الحق فحسب ، بل أيضاً في التصف في استعمال الحق .

(*) بعض المراجع : سالي (في مجلة الدراسات التشريعية Bull. Soc. Et. législatives سنة ١٩٠٥

ص ٣٢٥) — جوسران في التصف في استعمال الحقوق سنة ١٩٠٥ — بلانيول (المجلة الانتخابية سنة ١٩٠٥ ص ١٥٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠) — كلميون (Campton) في نظرية التصف في استعمال الحقوق بروكسل سنة ١٩٢٥ — جوسران في روح الحقوق وفي نسبتها سنة ١٩٢٧ — بونكاز (Bonnetcase). ملحق بودري ٣ فقرة ١٨٧ وما بعدها — ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات فقرة ٨٩ وما بعدها ، والنظام الديمقراطي فقرة ١١٧ وما بعدها — ديموج في الالتزامات ٦ فقرة ٦٣٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١٠ فقرة ٥٧٣ وما بعدها — الرسائل : بوسك (Bosc) مونيليه سنة ١٩٠١ — كوريسكو (Corbesco) باريس سنة ١٩٠٣ — سافاتييه (Savatier) براتيه سنة ١٩١٦ — في القانون المقارن : أمدتشي في نظرية التصف في استعمال الحقوق في الفقه الإسلامي ليون سنة ١٩١٣ — ماركوفتش (Marcovitch) ليون سنة ١٩٣٦ — الدكتور السعيد مصطفي السيد في مدى استعمال حقوق الزوجية القاهرة سنة ١٩٣٦ — الفقه المصري : الموجز في النظرية العامة في الالتزامات للوفاء فقرة ٣٧٢ وما بعدها — مصطفي مرعي في المسؤولية المدنية فقرة ٧٤ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبوسيت فقرة ٤٥٣ وما بعدها — الدكتور سليمان مرقس في القبل الضار فقرة ٣٧ وما بعدها — الأستاذ حسين عامر في سوء استعمال الحقوق سنة ١٩٤٧ وفي المسؤولية المدنية سنة ١٩٥٦ .

[وانظر أيضاً : بيدان ج ٩ مكرر سنة ١٩٥٢ بند ١٤٣١ — ١٤٤٢ — حتى باج الجزء الأول ص ١٤٦ بند ١١٠ وما بعده وبخاصة بند ١١٦ (القانون المقارن) — ماري وريوج ٢ بند ٤١٧ وما بعده . وللراجع للشار إليها فهاش رقم (٦) ص ٤١١ — وانظر كذلك فيه بند ٤٦٢ (في مضار الجوار) وبند ٥٠٦ (التصف في استعمال حق الدفاع الشرعي) وبند ٣٦٧ ص ٣٣٥ — ٣٣٦ وهاش ٣ بالمصيفة الأخيرة (التصف في عدم التعاند) وبند ١٠٣ (التصف في سحب الإيجاب) وبند ١١٨ (فكرة العقد الجبري)] .

[وانظر مقالا لسكيتان في المجلة الفصلية ١٩٢٨ ص ٣٦٥ ومقال ريبير في المجلة الانتخابية ١٩٢٩ ص ٣٣ ومقال الأستاذ رواست في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٤٤ ص (١) وما بعدها — ومقالا : الدكتور أنور سلطان (التصف في استعمال حق الملكية) في مجلة القانون والاقتصاد السنة (١٧) ص ٧١ وما بعدها — ومقالا للدكتور اسماعيل فتم عن تجديد عقد العمل المجدد المدة — تطبق لنظرية التصف على فرض التعاند) في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة (٤) ص ٣٤١ وخاصة صحيفة ٣٨٨ وما بعدها] .

[وانظر كذلك في هذا الموضوع (فضلا عن المراجع العامة في الالتزامات) : حسن كيره — رسالة من باريس سنة ١٩٥٢ (على الآلة السكّانية) وكتابه في أصول القانون الطبعة الثانية سنة ١٩٦٠ ص ١٠٧٧ وما بعدها والمراجع التي أوردتها في هامش صحيفتي ١٠٧٩ — ١٠٨٠] .

وقلنا إن رجال الفقه في القرن الماضي كانوا لا يرون أن الشخص يجوز عليه الخطأ وهو يستعمل حقه . ولكن نظرية التصف في استعمال الحق — ولها جنور في أعماق الماضي السحيق — ما لبثت أن استقرت في العصر الحاضر ، وثبت عليها القضاء ، وسلم بها الفقه . فنحن نتابع هذه النظرية : (١) في تطورها التاريخي إلى أن نصل بها إلى يومنا هذا لئلاها مسجلة في تفهيننا للدنى الجديد . (٢) ثم نبحت على أى أساس تقوم النظرية ، وبأى معيار تأخذ . (٣) ثم ننظر في حظها من التطبيق العملى في نواحي النشاط المختلفة .

(١) التطور التاريخى لنظرية التصف في استعمال الحق :

٥٥٣ — نظرية التصف في استعمال الحق نظرية قديمة : ليست نظرية التصف في استعمال الحق بالنظرية الجديدة أو المبتدعة ، بل هى نظرية قديمة عرفها الرومان ، وانتقلت إلى القانون الفرنسى القديم . وتشبع بها الفقه الإسلامى . ولكنها اخضت ردحا من الزمن بعد أن ظهرت مبادئ الفردية (individualisme) . وأمنت الثورة الفرنسية في الأخذ بهذه المبادئ وبقيت مخضفة طوال القرن التاسع عشر . لا تكاد تطل برأسها في بعض أحكام القضاء حتى ينكر لها الفقهاء ، إلى أن قىض الله لها قيهين من أعلام الفقه الفرنسى ، هما سالى (Saleilles) وجوسران (Josserand) . فنفضا عنها التراب ، وأعادا لها الجدة . فما لبثت أن استقرت في الفقه بعد أن ثبت عليها القضاء . ثم أخذت بها التقنينات الحديثة . وأصبحت اليوم نظرية ثابتة مستقرة لا يستطيع أحد أن يفكر تفكيراً جدياً في الانتقاض عليها .

٥٥٤ — النظرية في القوانين القبرية : قلنا إن القانون الرومانى عرف النظرية . يشهد بذلك ما أورده فقهاء القانون من تطبيقات لها مختلفة . من ذلك أن قرر الفقيه إيلبيان (Ulpian) أن من حفر براً في أرضه وتمسق في الحفر حتى قطع المروق النابعة في عين الجاره ، لا يكون مسئولاً عن تمويض هذا الضرر . ولكنه يكون مسئولاً إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار . وقد توسع القانون البيطورى (droit prétoire)

على تطبيق النظرية ، حتى يتخفف من حدة القانون القديم ومصرامته ^(١) .

وانتقلت النظرية إلى القانون الفرنسى القديم بعد إحياء دراسات القانون الرومانى فى «المصنوع الوسطى» . وذهب دوما (Domat) فيما يبدو إلى أن الشخص يكون متمسكاً فى استعمال حقه إذا هو قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة فى استعماله . وكان يرى أن من يباشر إجراءات التقاضى قد يتعسف فى مباشرتها فتتحقق مسئوليته ^(٢) .

ولم يكن الفقه الإسلامى ، وهو الفقه المشيع بروح دينية سامية تنهى عن التعسف وتأمر بالرفق والإحسان ، بأقل توسعاً من القانون الرومانى فى الأخذ بنظرية التعسف فى استعمال الحق ^(٣) بل إن القانون اللبنى الجديد قد حرص على أن ينتفع فى صياغة النص الذى أورده فى هذه النظرية بالقواعد التى استقرت فى الفقه الإسلامى . واستمد من هذا الفقه الضوابط التى اشتل عليها النص ^(٤) .

٥٥٥ - الثورة الفرنسية والتفكير الفرنسى : كان هذا العهد مشبكاً بروح الفردية كما قدمنا ، ينادى بحقوق الإنسان ، ويجعل منها حقوقاً مطلقة مقدسة . فلم تكن هناك حدود جديده تقيد من حرية الإنسان فى استعمال حقه ما دام لا يجاوز الحدود المادية لهذا الحق . فانتكست النظرية فى ذلك العهد وفيما تلاه من العهود طوال القرن التاسع عشر . ولم يتحدث عنها أحد من الفقهاء . وساعد على ذلك أن مبدأ تحريم التعسف فى استعمال الحق ، إذا كان قد عرف منذ القديم فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم ، كان ينقصه أن يصاغ فى نظرية قضيه شاملة تجمع شتاته . وهذا ما اضطلع به رجال الفقه فى القرن العشرين .

(١) أبلتون فى المجلة الدولية للتعليم سنة ١٩٢٤ س ١٠١ .

(٢) متقول عن مازو ١ فقرة ٥٥٦ .

(٣) انظر فى هذا الموضوع رسالة الأستاذ أحمد فتحي فى نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى — ورسالة الدكتور السيد مصطفى السيد فى مدى استعمال حقوق الزوجية .

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون اللبنى الجديد ١ الباب التمهيدى س ٣١ —

٥٥٦ — انعكاسه النظرية في العصر الحاضر : كان القضاء ثم الفقه في فرنسا بفضل
في إحياء مبدأ تحريم التمسك في استعمال الحق ، فصينغ للبدا في نظرية عامة شاملة ،
ما لبثت أن استقرت وأصبحت من أمهات النظريات القانونية .

بدأ القضاء الفرنسي منذ النصف الأخير من القرن التاسع عشر يقرر للبدا في كثير
من الصراحة والوضوح . فهذه محكمة استئناف كولمار (Colmar) تقول في حكمها الصادر
في ٢ مايو سنة ١٨٥٥^(١) ، وقد أدانت مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة غرضه الوحيد
من إقامة أن يجلب النور عن جاره ما يأتي : « ومن حيث إن المبادئ العامة تقضي
بأن حق الملكية هو على وجه ما (en quelque sorte) حق مطلق ، يبيح للمالك أن
ينتفع بالشيء ، وأن يستعمله وفقاً لهواه (abuser) . ولكن استعمال هذا الحق ، كاستعمال
أي حق آخر ، يجب أن يكون حده هو استيفاء مصلحة جديدة مشروعة . intérêt
sérieux et légitime وأن مبادئ الأخلاق والمعادلة لتعارض مع تأييد القضاء لدعوى
يكون الباعث عليها رغبة شريرة (malveillance) ، وقد رقت تحت سلطان شهوة
خبيثة (mauvaise passion) ، دعوى لا يبرها أية منفعة شخصية (aucune utilité
personnelle) ، وهي تلحق بالنير أذى جسيماً (grave préjudice) » . وفي سنة ١٨٧١
قررت محكمة النقض الفرنسية للبدا الآتي : « حتى يكون ثمة محل للتعميـض يجب أن
يكون هناك خطأ . والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل ،
إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذي النير دون أن تكون له مصلحة في ذلك "pour nuire à
autrui et sans intérêt pour lui-même"^(٢) .

ولكن الفقه لم يفتبه إلى هذه الطلائع من أحكام القضاء الفرنسي إلا في أواخر القرن
التاسع عشر . فكتب بعض الفقهاء في ذلك^(٣) . على أن الفقيهين اللذين قادا الفقه في هذا

(١) دالوز ١٨٥٦ — ٢ — ٩ .

(٢) انظر مازو ١ فترة ٥٥٧ — تطبيق فرون (Ferron) في سبيرة ١٩٠٥ — ٢ — ١٩ .

(٣) سنكتلت (Saintelette) في كتابه المسؤولية والضمان (Responsabilité et garantie) —

سوزيه (Sauzet) في المجلة الانتقادية للنسج والقضاء سنة ١٨٨٣ ص ٦١٦ وما بعدها .

للبدان ، في مستهل القرن العشرين ، مما كنا قلنا سالي وجوسران . واستأثر جوسران بالجلوات الأولى والأخيرة ، فوضع منذ سنة ١٩٠٥ مؤلفاً أسماه « التمسف في استعمال الحقوق (De l'abus des droits) » ، جمع فيه أحكام القضاء منسقة ، واستخلص منها أصول نظرية عامة في هذه المسألة ، على غرار نظرية سبقها في القانون الإداري هي نظرية التمسف في استعمال السلطة (détournement de pouvoir)^(١) . ثم كتب في سنة ١٩٢٧ مؤلفاً آخر أسماه « في روح الحقوق وفي نسيبها — النظرية المسماة بنظرية التمسف في استعمال الحق » (De l'esprit des droits et de leur relativité—théorie dite de l'abus des droits) كان أشمل للوثقات في هذه المسألة وأكثرها وضوحاً .

ولم تسلم النظرية من خصوم . وأظهر من ناصب النظرية العداء هو بلانيول الفقيه الفرنسي المعروف . وهو يذهب إلى أن التمسف في استعمال الحق إنما هو خروج عن الحق ، ويقول في ذلك : « ينتهي الحق حيث يبدأ التمسف ، ولا يمكن أن يكون ثمة تمسف في استعمال حق ما ، لسبب غير قابل لأن يدحض ، هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له »^(٢) . وظاهر أن النقد شكلي . إذ يكفي لردّه أن نقول إن هناك نوعين من الخروج عن الحق : خروجاً صريحاً عن حدود الحق ، وخروجاً عن الحق بالتمسف في استعماله . ولا يعترض بلانيول على امتداد المسؤولية إلى هذا النوع الثاني ، وكل ما يذكره هو أن يسمى هذا تمسفاً في استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق ، لأن التمسف في رأيه هو خروج عن حدود الحق . فالفرق إذن في التسمية لا في الحكم . أما أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له ، فهذا لا شك فيه . ولكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق ، ويكون

(١) وقد كان القانون الإداري طلبية للقانون المدني في نظريات ثلاث من النظريات الرئيسية : نظرية التمسف في استعمال الحق ونظرية الحوادث الطارئة ونظرية تحمل النتيجة .

(٢) وهذا أصل ما كتبه بلانيول ٧٠ بند ٨٤١ : « Le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque, pour la raison irréductible qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit. (Planiol, II, no. 841). »

في الوقت ذاته مخالفاً للقانون^(١).

ومهما يكن من أمر فإن الفقه ، منذ صاغ نظرية النصف ونسق ما بين أجزائها ، أنار السبيل للقضاء ، فصار عيش على هدى ، وكثرت الأحكام والتطبيقات القضائية لهذه النظرية الخطيرة . وهكذا أثر القضاء في الفقه ، ثم تأثر به ، وما لبث المشرع الفرنسي أن سار هو أيضاً في هذا السبيل ، فسجل النظرية في كثير من تشريعاته المتفرقة^(٢) .

وقد أخذت النظرية مكاناً محترماً في التقنيات الحديثة ، حتى سماها التقنين المدني السويسري إلى الصدر من نصوصه ، ليجعل منها نظرية عامة تنمشى على جميع نواحي القانون . ولم يقتصر على جعلها تطبيقاً من تطبيقات السئولة التقصيرية تذكر في المكان الذي نص فيه على هذه السئولة^(٣) .

واتتقت النظرية من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المصريين في ظل التقنين القديم . أما التشريع المصري فلم يكن يشتمل على نص عام في الموضوع . وإن كان قد أشتمل على بعض نصوص تطبيقية^(٤) .

(١) الموجز في التفسير العامة للالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٤ — وجاء في هذه الفقرة أيضاً ما يأتي : « أما الذين ينسكرون على النظرية أن من معاييرها نفس الدافع الذي حدا بالشخص على استعمال حقه على التعو الذي اختاره ، وأن الدافع شيء غسى يتميز النفس عليه في أعماق الضمير ، فينبغي أن يقتضوا إلى أن هذا النقد لا ينصب على هذه النظرية وحدها ، بل هو يتناول كل معيار شخصي في القانون . والمعايير الشخصية كثيرة . وفي كل وقت يطلب من القاضي أن يطبقها على الأفضية التي تعرض له ، فيبحث عن حسن النية وسوء النية ، وعن الغلط الدافع للتعاقد ، وعن السبب الدافع كركن من أركان الالتزام . وعن النش والتواطؤ في الدعوى البوليسية ، وما إلى ذلك » .
(٢) انظر في هذه التشريعات المختلفة ما زو ١ فقرة ٥٥٨ .

(٣) وهذا ما جاء في المادة الثانية من التقنين المدني السويسري : « يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتففيذ التزاماته طبقاً لقواعد التي رسمها حسن النية . أما النصف الظاهر (abus manifeste) في استعمال الحق فلا يقره القانون » . ونصت المادة ٢٢٦ من التقنين الألماني على أنه « لا يجوز استعمال حق تجرد الإصرار بالغير » . ونصت الفقرة الثانية من المرسوم الفرنسي الإيطالي على ما يأتي : « يلزم أيضاً بالتعويض كل من أوقع ضرراً بالغير ، بأن جاوز في استعماله لحقه الحدود التي يقيها حسن النية أو الفرض الذي من أجله أعطى هذا الحق » .

انظر أيضاً المادة ١٣٥ من تقنين الالتزامات البولوني والفقرة الثانية من المادة ١٢٩٥ من التقنين النمساوي والمادة الأولى من التقنين السوفييتي .

(٤) مثل ذلك : م ٥٩/٣٨ — ٦٠ مدني قدم : « ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو هجوم على حدود ملكه ولا على أن يطيل جزءاً من حائطه أو من الأرض التي عليها الحائط المذكور . ومع =

ولكن التفتين المدني الجديد احتفل بالنظرية . وعني بها عناية خاصة . فأحلها مكاناً بارزاً بين نصوصه ، وجعلها نظرية عامة مكانها الباب التمهيدى لا المسؤولية التصديرية^(١) .

== ذلك ليس المالك المالحط أن يهمله لمجرد لاداعته إن كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار للستر ملكه يحاطه ما لم يكن حدمه بناء على باعث قوى « — م ١٢٠/١١٥ من قانون المرافعات القديم : » يجوز للمحكمة في جميع الدعاوى أن تحكم بتعويضات في مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى أو مراعاة كان القصد منها مكيدة الخصم » .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « بيد أن المشروع أحل الناصر الحاس بقرار نظرية التصف في استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنطبق على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع . ولذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التصديرية بسبب قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني ، وإنما بسطه على هذه النواحي جميعاً ، بل وعلى نواحي القانون طلبية ، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية ، وأنها تسمى في شأن الحقوق العينية مبرياتها في شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام . ولذلك أثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضماً عاماً ، بحيثياً مثال أحدث التفتينات وأرقاها (انظر المادة ٢ من التفتين المدني السويسرى والمادة الأولى من التفتين المدني السوفييتى) : وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الصرامة الإسلامية لنظرية التصف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة وعناية الفقه الإسلامى بصياغتها صياغة تضارع إن لم تقف ودقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . ولذا ذلك حرص المشروع على أن ينتفع في صياغة النص بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامى ، وهى قواعد صدر عنها التفسير المصرى في التطبيقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما (المواد ٣٨/٥٩ — ٦٠ مدنى و ١٢٠/١١٥ مرافعات) واستلهمها القضاء في كثير من أحكامه (استئناف مختلط في ٦ أبريل سنة ١٩٥٥ م ١٨ ص ١٨٩ — وفي ٣ مايو سنة ١٩٥٦ م ١٨ ص ٢٣٥) . ولهذا لم ير للمشروع أن يفسخ على منوال التفتين السويسرى في النص على أن كل شخص يجب عليه أن يباشر حقوقه وبني بالتزاماته وفقاً لما يخفى حسن الية وأن التصف الظاهر في استعمال حق من الحقوق لا يحجمه القانون . ولم ير المشروع كذلك أن يختار الصيغة التي آثرها المصروع السوفييتى لاذقضى في المادة الأولى من التفتين المدني بأن القانون يتكفل بحماية الحقوق المدنية إلا أن تستعمل على وجه يخالف الفرض الاقتصادى أو الاجتماعى من وجودها . وأعرض أيضاً عن الصيغة التي اختارها التفتين اللباني (م ١٢٤) وهى لا تبدو أن تكون مزاجاً من نصوص التفتين السويسرى والتفتين السوفييتى . والواقع أن المصروع تحاى اصطلاح « التصف » لسمته وإلهامه وجانب أيضاً كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وحلوهما من الدقة ، واستمد من الفقه الإسلامى بوجه خاص الضوابط الثلاثة التي اشتمل عليها النص . ومن المحقق أن تفصيل الضوابط على هذا النحو يهيئ للقاصى عناصر نافعة للاسترشاد ، ولا سيما أنها جيداً وليدة تطبيقات عملية انتهى إليها القضاء المصرى من طريق الاجتهاد .. وعلى هذا النحو وضع للمشروع دستوراً لباشرة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التصف واستعمال الحق ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذهب هذا الفقه . وبذلك أتبع له أن يمكن لآلئعة الأخلاقية والزراعات الاجتماعية الحديثة وأد يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامى في أرقى نواحيه وأحفلها بناصر الرونة والحياة » . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الباب التمهيدى ص ٣١ — من ٣٢ و ٣٥) .

ب — الأساس القانوني لنظرية التصف في استعمال الحق والمياري الذي تأخذ به :

٥٥٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ٤ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

« من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر »^(١) .
ثم نصت المادة ٥ على ما يأتي :

« يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

« (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير » .

« (ب) إذا كانت المصالح التي يرى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » .

« (ج) إذا كانت المصالح التي يرى إلى تحقيقها غير مشروعة »^(٢) .

(١) تاريخ النص : لم يكن للمادة ٤ مقابل في المشروع التمهيدى . وقد اقترح في لجنة المراجعة وضع النص الآتى : « من استعمل حقه استعمالاً جائزاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » ، ليقدر المبدأ العام الذي يهد للنس التالى الحاس بالتصف في استعمال الحق ، فأقرت اللجنة النص وأصبح رقه المادة ٤ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة « مشروعاً » بكلمة « جائزاً » ، وبقي رقم النص للمادة ٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كأقرته لجنته . (مجموعة الأعمال التوضيحية ١ ص ١٩٩ — ص ٢٠٠) .

وقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م (مطابق) — اللي م (مطابق) —
العراقى م ٦ (مطابق) — اللبناني لا مقابل .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يصح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كان متعارضاً مع مصلحة عامة جبرية (ج) إذا كانت المصالح التي يرى إلى تحقيقها غير مشروعة ، وأو كانت هذه المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو كان استعمال الحق من شأنه أن يطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتى : « يكون استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كانت المصالح التي يرى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (ج) إذا كانت المصالح التي يرى إلى تحقيقها غير مشروعة » . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ٥ ووافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد استبدال =

ويلاحظ بادية الأمر أن التقنين المذني الجديد ، إذا كان قد آثر أن يضع هذه النصوص في الباب التمهيدى لتكون مبدأ من المبادئ الجوهرية التى تسود جميع نواحي القانون ، لم يرد بذلك أن يقيم للبدا على غير أساسه القانونى . فالتعسف فى استعمال الحق ليس إلا صورة من صور تى الخطأ التصبرى على النحو الذى قلناه ، فيدخل بهذا الاعتبار فى نطاق المسئولية التصبرية^(١) .

٥٥٨ - الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق : فالأساس القانونى

لنظرية التعسف فى استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسئولية التصبرية . إذ التعسف فى استعمال الحق خطأ يوجب التعويض . والتعويض هنا ، كالتعويض عن الخطأ فى صورته الأخرى وهى صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة ، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عينياً . وليس التعويض العيني — كالتعويض بهدم المذخنة التى تحجب النور عن الجار — بمنجزه عن نطاق المسئولية التصبرية . فإن التعويض العيني

= كلمة «مضروع» بكلمة «جائر» ، ويترقها . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٠ — ص ٢١١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٦ (مطابق) — الليبى م ٥ (مطابق) — العراق م ٧ (مطابق) — اللبناني م ١٢٤ (مقارب) .

(١) وقد ناقشت لجنة مراد سيد أحمد طويلا المكان الذى يوضع فيه النص الخاص بالتعسف فى استعمال الحق . فقال أحد الأعضاء إن نظرية إساءة استعمال الحق إن هى إلا توسع فى فكرة العمل غير المشروع ، ولهذا السبب يكون مكانها المنطقى فى باب الالتزامات بين تلك التى تنشأ عن العمل غير المشروع ، وهذا هو ما أخذت به أحدث التشريعات كالشروع الفرنسى الإطال والتقنين البولونى والتقنين الليبانى . فقبل رداً على ذلك إن نطاق تطبيق مبدأ استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن التزامات ، بل يمتد إلى كل قانون سواء فى ذلك القانون المذني أو القانون التجارى أو قانون الرضاعات أو القانون الماسم . فإذا كان هناك نص يبنى بطبيعته أن يدرج بين النصوص التمهيدية فهو ذلك النص الخاص بإساءة استعمال الحق . وقد أورد التقنين السويسرى نصاً بهذا المعنى فى الباب التمهيدى (م ٢) . أما التقنين الألمانى فقد أورد لهذا الموضوع نصاً تحت عنوان « فى استعمال الحقوق » (م ٢٦٦) . وإذا كانت بعض التقنينات الحديثة قد أوردت هذا النص فى باب الالتزامات فاذ ذلك إلا اضطراراً ، حيث إن هذه التقنينات إنما جاءت خاصة بالالتزامات . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٤ فى الخامس) .

جائز في الصورة الأخرى من الخطأ كما سنرى . ولا نحن في حاجة إلى القول بأساس
مستقل للتصنف في استعمال الحق يتميز به عن المسؤولية التقصيرية -- كما ذهب بعض
الفقهاء^(١) إلى ذلك -- إذا نحن سلمنا بجواز الحكم بتهديد مالى في شأنه^(٢) ، فإن التهديد
المالى جائز في الالتزام الناشئ عن المسؤولية التقصيرية جوازه في أى التزام آخر^(٣) .

ويبقى التصنف داخلاً في نطاق للمسئولية التقصيرية حتى لو كان تصنفًا متصلًا
بالتعاقد^(٤) . فالنوع الذى يتمسك بالشرط للانعكاس من الإيجار من الباطن تصنفًا منه تتحقق
مسئوليته التقصيرية . ويكون مسئولًا مسئولية تقصيرية كذلك من تعسف في إنهاء عقد
جمل له الحق في إنهائه ، كمقد العمل أو عقد الشركة إذا لم تحدد المدة فيهما وكمقد
الوكالة .

٥٥٩ - معيار نظرية التعسف في استعمال الحق : فإما هو إذن المعيار الذى يصلح
اتخاذهُ لنظرية التعسف في استعمال الحق ؟ هو دون شك المعيار عينه الذى وضع للخطأ
التقصيرى ، إذ التعسف ليس إلا إحدى صورتيه كما قلنا . ففي استعمال الحقوق كما في
إتيان الرخص يجب ألا يتصرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص المادى . فإذا
هو انصرف -- حتى لو لم يخرج عن حدود الحق -- عد انحرافه خطأ يحقق مسئوليته .

(١) انظر بنكاز ملحق بوردى ٣ فقرة ١٣٦ - سافاتييه في تعليق له في دالوز ١٩٢٨ ١ - ٧٣

(٢) وذلك كالحكم على من أقام حائطاً في ملكه ليجب النور عن جاره . يبلغ من المال يدفعه عن كل
يوم يتأخر فيه عن إزالة هذا الحائط .

(٣) مازو ١ فقرة ٥٦٤ هلمش رقم ٢ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن نظرية إساءة استعمال الحق مردها إلى قواعد المسؤولية في القانون
المدنى ، لا إلى قواعد المدل والإناصاف للشار إليهما في المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (القدية) .
فإذا كان الحكم قد أسس قضاءه على تلك النظرية ، فإنه يكون قد أحمل القانون المدنى والدعوى لا قواعد
المدل والإناصاف (وكان وجه الطعن هو أن الحكم خالف المادة ٢٩ من اللائحة إذ أخذ بنظرية إساءة
استعمال الحق على الرغم من صراحة نص المقدم في حين أنه لا مجال للاجتهاد والاستناد إلى قواعد المدل متى
كان النص صريحاً) . (نقض مدنى في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٤ من ٢٥٩) .

غير أن الانحراف هنا لا يمتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور التي عددها نص
التقنين الجديد : ١) قصد الإضرار بالنير . ٢) رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً .
٣) تحقيق مصلحة غير مشروعة . ونبحث الآن هذه الصور واحدة بعد الأخرى .

٥٦٠ — قصر الإضرار بالنير : للميار هنا ، على الرغم من ذاتيته ، يمكن أن يتدرج
في الميار الموضوعي العام للخطأ . فإنه لا يكفي أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالنير ، بل
يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف
للشخص المادى . فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر غيره ، ولكن لتحقيق
مصلحة مشروعة لنفسه ترجع رجحاناً كبيراً على الضرر الذى يلحقه بالنير . فقصد
الإضرار بالنير في هذه الحالة لا يعتبر تمشقاً ، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف
عن السلوك المألوف للشخص المادى . أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلي
الذى غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالنير ، اعتبر هذا تمشقاً ، ولو
كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوى ، سواء تحققت هذه المنفعة أو
لم تتحقق . ويكون تمشقاً ، من باب أولى ، قصد إحداث الضرر غير المقترب بنية جلب
المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضى ، فلو أن شخصاً غرس أشجاراً في
أرضه بقصد حجب النور عن جاره ، كان متمسكاً في استعمال حق الملكية حتى لو تبين
فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع ^(١) .

ويجب أن يثبت الضرر أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد إلى إلحاق
الضرر به . ويثبت هذا القصد بجميع طرق الإثبات ، ومنها القرائن المادية .
ولا يكفي إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن حق الانجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكتابة ،
إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيدياً إذفاء مضارة النير
ولإحقق السامات بالتعويض — وسواء في هذا الخصوص أن يقترب هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم
يقترب به تلك النية ، طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه . نقض مدنى في ١٥/١٠/١٩٥٩ بمجموعة
أحكام النقض السنة ١٠/ ص ٥٧٤ رقم ٨٧] .

الوجه الذى اختاره ، فإن تصور احتمال وقوع الضرر لا يفيد ضرورة ، التمسك فى إحدائه ^(١) .

بقى أن نعالج فرضاً كثير الوقوع فى العمل ، هو ألا يقوم دليل قاطع على وجود الخطأ فى إحداث الضرر ، ولكن الضرر يقع مع ذلك ، ويثبت أن صاحب الحق لم تكن له أية مصلحة فى استعمال حقه على الوجه الذى أضر فيه بالغير . ونرى أن انعدام الصلحة هنا انعداماً تاماً قرينة على قصد إحداث الضرر ، كما يدل خطأ الجسيم على سوء النية . ولكن هذه القرينة قابلة للإثبات العكس ^(٢) .

٥٦١ - ربحان الضرر على المصلحة ربحاناً كبيراً : المعيار هنا موضوعى . وهو

محض تطبيق للمعيار الرئيسى فى الخطأ ، معيار السلوك المألوف للرجل العادى . فليس من المألوف أن الرجل العادى يستعمل حقاً على وجه يضر بالغير ضرراً بليغاً ولا يكون له فى ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر . ويكون استعمال الشخص لحقه تصفياً ، على حد ما جاء فى النص ، « إذا كانت المصالح التى يرى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » . قول ليس من السلوك المألوف للشخص العادى أن يفعل ذلك ، ومن يفعل فهو إما عايب مستهتر لا يبال بما يصيب الناس

(١) فلو أن شخصاً يملك أرضاً للصيد ، وصاد فيها ، فأصاب شخصاً آخر دون أن يقصد ذلك ، فإنه لا يكون لديه قصد الإضرار بالغير حتى لو ثبت أنه تصور احتمال وقوع هذه الإصابة . ولا يده هنا التصرف تصفاً ، لا باعتبار أنه يطوى على قصد الإضرار بالغير ، ولا بأى اعتبار آخر ، إذ هو لا يدخل تحت حالة من الحالات الثلاث التى يتحقق فيها التصف فى استعمال الحق .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمصروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وأول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير . وهذا معيار ذاتى استقر الفقه الإسلامى والفقه الفرنى والقضاء على الأخذ به . وقد أفرد له التقنين الألمانى المادة ٢٢٦ وهى فى طليعة النصوص التفسيرية التى دعمت أسس نظرية التصف فى استعمال الحق . والموجهرى فى هذا الشأن هو توافق نية الإضرار ، ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة أصاحه . وبراى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق يستعلا يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك . وقد جرى القضاء أيضاً على تطبيق الحكم نفسه فى حالة نفاذ المصلحة التى تعود على صاحب الحق فى هذه الحالة » (المذكرة الإيضاحية للمصروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٢ - ص ٣٣) .

من ضرر يلحق لقاء منفعة ضئيلة يصيبها نفسه ، وإما منطوق على نية خفية يضرر الإضرار بالنير .
 « يستتار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لمصلحة . وفي
 الحالين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص المادى ، وارتكب خطأ يوجب مسئوليته .
 وقد طبق للشرع هذا المعيار ، إذ جاء في الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ من القانون المدنى
 الجديد ما يأتى : « ومع ذلك فليس للمالك الحائض أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان
 هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط »^(١) .

٥٦٢ - عزم مشروعية المصالح التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها : والمعيار هنا هو
 أيضاً موضوعى ، وإن كان طريق الوصول إليه عاملاً ذاتياً هو نية صاحب الحق . وهو على
 كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ . فليس من السلوك المألوف للشخص المادى أن يسعى تحت
 ستار أنه يستعمل حقاً له إلى تحقيق مصالح غير مشروعة . فرب العمل الذى يستعمل حقه
 فى فصل عامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال ، والإدارة التى تفصل موظفاً لإرضاء
 لفرض شخصى أو لشهوة حزبية^(٢) ، وللمالك الذى يضع أسلاكاً شائكة فى حدود ملكه
 حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها فى أرض مجاورة أن تشتري منه أرضه بشئ

(١) انظر أيضاً للمادتين ٨٢٦ و ١٠٢٩ من القانون المدنى الجديد . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية
 للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والثانية حالة استعمال الحق ابتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية
 لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسيط . والمعيار فى هذه الحالة مادى . ولكنه كثيراً ما يضغ
 قرينة على توافر نية الإضرار بالنير . ويساير الفقه الإسلامى فى أخذ هذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء فى مصر
 وفى الدول القريبة على حد سواء » . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى س ٣٤) .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن المراد بالحق المطلق المقرر للحكومة وفصل موظفها بلا حاجة إلى
 عاكمة تأديبية هو نردد الحكومة بتدبير صلاحية الموظف واستمرار استعانتها به أو عدم استمرارها
 وليس منها أن تستلذه على دواها ، ذلك أن هذه السلطة التقديرية وإن كانت مطلقة من حيث موضوعها
 لأنها عاقبة من حيث غايتها التى يلزم أن تقف عند حد تجاوز هذه السلطة والتصرف فى استعمالها ، ولئن
 كانت الحكومة غير ملزمة ببيان أسباب الفصل إلا أنه متى كانت هذه الأسباب ظاهرة من القرار الصادر به ،
 قاتها تكون خاضعة لتقدير القضاء ودعائه فلا تبيح أنها لا ترجع إلى اعتبارات تخصها للمصلحة العامة
 ولا من الأسباب الجدية القائمة بذات الموظف المستغنى عنه أو للنزاع فى صحته كإن ذلك عملاً غير مشروع
 وحتم مساهمة الحكومة فى شأنه : قض مدنى فى ١٩٥٥/٦/٣٠ بمجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ١٣٣٥
 رقم ١٧٩] .

مرتفع ، ومؤجر المقار الذى يتمتع من الترخيص فى الإيجار من الباطن لمشتري المصنع التى
أقبح على المقار بعد أن اقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع وذلك لاتباعه
معياري راكمسب غير مشروع يمنيه من المشتري (أنظر م ٥٩٤ قرة ثانية من التعنين المدين
الجديد) - كل هؤلاء يتصفون فى استعمال حقوقهم ، لأنهم يرمون من وراء استعمالها إلى
تحقيق مصالح غير مشروعة^(١).

وقد أثار التعنين الجديد هذا الميار على معيارين آخرين شائعين فى الفقه ، أحدهما معيار
الفرض غير المشروع (motif illégitime) ، والثانى معيار المهدف الاجتماعى (but social) ...

أما معيار الفرض غير المشروع فيتلخص فى أن صاحب الحق يكون متعسفاً فى استعمال
حقه إذا كان الفرض الذى يرمى إليه غرضاً غير مشروع^(٢) . وظاهر أن معيار « المصلحة
غير المشروعة » خير من معيار « الفرض غير المشروع » . وإذا كان كلاماً يؤدي إلى
نتيجة واحدة ، فإن معيار « للمصلحة غير المشروعة » هو تعبير موضوعى عن المعنى الذاتى
الذى ينطوى عليه معيار « الفرض غير المشروع » . فهو إذن أدق من ناحية الانضباط
وأسهل من ناحية التطبيق^(٣) .

(١) وقد جاء فى الذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « الأولى حالة
استعمال الحق استعمالاً يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . وتعبير المشروع فى هذا المقام خير من نص
مس التفتيات على صرف الحق عن الوجهة التى شرع من أجلها . ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا
كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون لحسب ، وإنما يصل بها هذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها
يتعارض مع النظام العام أو الآداب . وإذا كان الميار فى هذه الحالة مادياً فى ظاهره ، إلا أن البنية كثيراً ما
تكون الملة الأساسية لئى صفة المشروعة عن المصلحة . وأبرز تطبيقات هذا الميار يمرض بمناسية
إساءة الحكومة لمطالبتها كفضل الموظفين لإرضاء لفرض شغفى أو شهوة حزبية (استنساب مصر
الدوائر المختصة فى أول مارس سنة ١٩٢٨ اغتابة ٨ س ٧٥٠) . وأحكام المرسية الإسلامية فى هذا
الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأى فى التفتيات الحديثة والفقه والقضاء . (المذكرة الإيضاحية للمشروع
التمهيدى ، الباب التمهيدى س ٣٣) .

(٢) انظر جوسران ٢ قرة ٢٩٦ - فاضل حبشى فى الامتداد القانونى لبقود الإيجار رسالة من
القاهرة سنة ١٩٦٢ س ٢٠٥ وما بعدها .

(٣) انظر فى قد معيار الفرض غير المشروع مازو ١ قرة ٥٧٥ .

ومعيار الهدف الاجتماعي يتلخص في أن الحقوق أعطاه القانون لأصحابها لتحقيق أهداف اجتماعية . فكل حق له هدف اجتماعي معين . فإذا اعترف صاحب الحق في استعمال حقه عن هذا الهدف ، كان متمسكاً وحت مسئوليته . وعيب هذا المعيار ، وبالرغم من كونه موضوعياً ، هو صعوبة تحديد الهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق ، ثم خطر هذا التحديد . أما صعوبة التحديد فلأنه ليس من اليسير أن يرسم لكل حق هدف اجتماعي أو اقتصادي يكون منضبطاً إلى الحد الذي يؤمن معه التحكم ويتق به تشعب الآراء . وأما خطر التحديد فلأن الهدف الاجتماعي هو الباب الذي يفتح على مصراعيه لندخل منه الاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة ، مما يجعل استعمال الحقوق خاصاً لوجهات من النظر متشعبة متباينة ، وفي هذا من الخطر ما فيه . أما معيار « المصلحة غير المشروعة » فهو أبعد عن التحكم ، وأدنى إلى الاعتبارات القانونية المألوفة^(١)

٥٦٣ - معياره في المشروع التمهيدى عزفاً في المشروع النزائي :

وقد كان المشروع التمهيدى يضيف إلى المعايير الثلاثة المتقدمة معيارين آخرين :

(١) التمازض مع مصلحة عامة جوهرية . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وللمعيار الثاني قوامه تمازض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية . وهذا معيار مادي استقاه المشروع من الفقه الإسلامي . وقتنته المجلة من قبل إذ نصت في المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام (أنظر أيضاً المواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ من المجلة) . وأكثر ما يساق من التطبيقات في هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الجوهة في تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة . كنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوائح . على أن الفكرة في خصيها لا تحف عند حدود هذه التطبيقات ، فهي مجرد أمثلة تحتل التوسع والقياس^(٢) . ويتبين

(١) أنظر في قد معيار الهدف الاجتماعي ملزمو ١ فقرة ٥٧٢ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٢٣ - مجموعة الأعمال التمهيدية ١

من ذلك أن الميزان هنا أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية يهتج الشرع على مقتضاها في وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة ، من أن يكون معياراً يضفده للقاضي لتطبيق المعنى في القضية اليومية . وقد حذف في المشروع النهائي كما قلنا .

(٢) التعارض مع حقوق أخرى يعطل استعمالها على الوجه المألوف . فقد كان نص المشروع التمهيدى يجعل استعمال الحق غير مشروع إذا كان هذا الاستعمال « من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى :

« والثالثة حالة استعمال الحق استعمالاً من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف . والمعيار في هذه الحالة ماضى . وإذا كان الفقه الغربى لا يؤكد استقلال هذا المعيار ، إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة ، أو يحمل منه صورة لمجاوزه حدود الحق يطلق عليها اسم الإفراط ، إلا أن الفقه الإسلامى ينحصر بكيان مستقل . والقضاء في معر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامى (الدطار بن الجريثية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ ص ٧٨٣ — استئناف مختلط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨) . وكانت المجلة قد قننت هذا الفقه قضت في المادة ١١٩٨ بأن : « كل أحد له التعلل على حائط الملك وبناء ما يريد ، وليس لجار منه ما لم يكن ضرره فاحشاً » ، وعرفت الضرر الفاحش في المادة ١١٩٩ بأنه : « كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعنى النعمة الأصلية المقصودة من البناء كالكسب أو يضر البناء أى يحجب له وهذا ويكون سبب تهدامه » . وعقبت على ذلك بتطبيقات مختلفة في المواد من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢ ، وقد جرى القضاء المصرى منذ عهد بعيد على الأخذ بهذه البادى ، ولا سيما فيما يتعلق بضلات الجوار . قضت محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن « الملكية الفردية أيا كانت سمة نطاقها تنقيد بواجب الامتناع عن إلحاق أى ضرر نجسهم بالجوار... ويدخل في ذلك كل فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه .

وتواترت الأحكام بعد ذلك على ترتيب اللبادي ذاتها^(١). وبقين من ذلك أن هذا الميعار الثاني ليس إلا للميعار الذى يطبق فى حقوق الجوار . وهو معيار « الضرر الفاحش » . وقد حذف فى المشروع النهائى لأن مضار الجوار فى التقنين المدنى الجديد تخرج عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق . فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً فى استعمال الحق ، بل هو خروج عن حدود الحق ، وقد رأينا ذلك فيما تقدم^(٢) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٤ — مجموعة الأعمال التصديرية ١ ص ٢١٠ .

(٢) أظن آخراً فقرة ٥٥١ — هذا وقد كان النص الخاص بالتعسف فى استعمال الحق محل مناقشات مسببة فى لجنتي مراد سيد أحد (باشا) وكامل صدق (باشا) . وقد أقرت لجنة مراد سيد أحد (باشا) النص الآتى : « لا يسمح باستعمال الحق إذا تجاوز الحدود التى عليها حسن النية أو يقررها النضر الذى من أجله وجد هذا الحق » . وفى لجنة كامل صدق اقترح النص الآتى : « لا يكون استعمال الحق مقصوداً إذا جاوز الحدود التى يقتضها حسن النية أو النضر الذى من أجله تقرر هذا الحق » . وقد ذكر أن هذا النص يكاد يردد حرفياً ما جاءه بالمادة ٧٤ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى ولادة ٣٥ من القانون البولونى والمادة ١٢٤ من القانون البنى . وقال أحد أعضاء اللجنة إنه يبدو من مقارنة وجهات النظر جلياً أن نظرية إساءة استعمال الحق تخضع لاعتبارين أساسيين : أحدهما نفسى عنى وهو نية التدليس التى تصرف العمل المشروع إلى قصد واحد هو الإضرار بالنضر ، والثانى مادى يواجه الضرر المنسب عن مباشرة هذا العمل فى نطاق مجاوز الحدود المادية الرسومة له ، وقد اقترح بناء على ذلك النص التالى : « لا يجوز لأحد أن يستعمل حقه دون مصلحة تعود عليه ولجورد قصد الإضرار بالنضر » ، فهذا النص يوفق بين الاعتبارين السابق ذكرهما ، ويتضمن الشروط الأربعة المطلوبة وهى : (١) استعمال الحق . (٢) إضرار المصلحة من هذا الاستعمال . (٣) قصد الإضرار (ويستوى معه الخطأ الجسيم) . (٤) الضرر القليل . ورأى أحد الأعضاء أن من الخير عدم استحداث جديد فى هذه النظرية وذلك باقتباس نص قائم فى أى من التشريعات الحديثة لتجنب المخاكم الوقوع فى المتراب التى يجنبها تطبيق نص جديد فى مثل هذا الموضوع ، واقترح اقتباس نص للمشروع الفرنسى الإيطالى . واقترح أحد الأعضاء النص التالى : « يعد مسئولاً كل من يتجاوز حدود النضر الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق » .

وتقدم أحد الأعضاء بنس آخر يجمع بين الفكرة التى عبر عنها التقنين المدنى الألمانى وفكرة استعمال الحق بطريقة منافية للنضر الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق ، على النحو الآتى : « تنتهى مشروعية استعمال الحق إذا كان من شأنه الإضرار بالنضر دون فائدة تعود على من يستعمله » ، أو إذا كان مخالفاً صراحة للنضر الاجتماعى الذى تقرر من أجله . ثم اقترح أخيراً الأخذ بالنص الوارد فى المشروع النهائى للتقنين المدنى الإيطالى وهو : « لا يسوغ لأحد أن يستعمل حقه بطريقة تتعارض والنضر الذى من أجله تقرر له هذا الحق » . فوافقت اللجنة على الأخذ بهذا النص وصيغته المادة ٧ من الباب التمهيدى (مجموعة الأعمال التصديرية ١ ص ٢٠٤ — من ٢٠٨ فى الماشن) .

٥٦٤ - معايير التعسف ومعايير الخطأ : وبقين مما تقدم أن التعسف في استعمال الحق على الوضع الذي جاء به التقنين للدني الجديد معايير ثلاثة : نية الإضرار ، ورجحان الضرر ، والمصلحة غير للشروعة .

ونية الإضرار هي المقابلة للخطأ الممدى . ورجحان الضرر هو المقابل للخطأ الجسيم . والمصلحة غير للشروعة هي المقابلة للخطأ غير الجسيم .

فالمعد والخطأ الجسيم متطابقان في صورتى الخطأ : صورة التعسف في استعمال الحق وصورة الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . أما الخطأ غير الجسيم ، ففي الخروج عن حدود الحق أو الرخصة رأيناه أى انحراف عن السلوك للألوف للرجل العادى ، وفي التعسف في استعمال الحق لا يكون الانحراف إلا في حالة واحدة هي أن يرى صاحب الحق في استعماله لخطئه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . ومن ثم يكون الخطأ غير الجسيم في التعسف أضيق منه في الخروج عن الحق أو الرخصة . ويرجع السبب في ذلك إلى نصوص القانون التي ضيقت من حدود التعسف^(١) . وقد يبرر ذلك أن صورة الخطأ في التعسف هي صورة

(١) وكان القضاء المصرى في عهد التقنين القديم يطبق هذه المبادئ قبل أن ترد في نصوص التقنين الجديد . من ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أن نظرية الاعتساف في استعمال الحق تسمح بأن يكون لصاحب الحق جواز إنكاره بما يرجع لتقديره هو لظروفه الخاصة به ، إلا إذا استخدم بقصد التشكيل والتغير وتغير غرض جدى شريف يرجوه نفسه من وراء الإنكار (استئناف مصر في ٢٢ يونيه سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٢٢٢ من ٤٤٣) . وما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية من أنه لا يجوز استعمال الحق إذا كان الفرض الأساسى منه هو الإضرار بالتغير (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٨ رقم ٣١ من ٧٤) . وما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فين اختار عمداً من بين الطرق القانونية الواجبة له ما يضر منها بالتغير من غير أية فائدة يجنيها ، فإنه يسيء استعمال حقه ويلزم بالتعويض (استئناف مختلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ الحاماة ١٧ رقم ٣٣٣ من ٦٩٨) . وما قضت به هذه المحكمة أيضاً من أن التعسف في استعمال الحق عمل غير معزوع ، ولما لأنه قد تم بقصد الإضرار بالتغير ، ولما لأنه انصرف عن الفرض الذى أعلى الحق من أجله ، ولما لأنه ألحق بالتغير ضرراً جسيماً (استئناف مختلط في ٧ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ١٢٥) .

هذا وجزاء التعسف في استعمال الحق يتطلب أن يكون تعويضاً قديماً . وقد يكون تعويضاً عينياً ، لما يزيله الضرر بعد أن وقع (عدم الحائط الذى يجب التورط به) ، ولما يمنع الضرر أن يقع (كإزالة

مستعذدة ، فيحسن علم التوسع فيها^(١).

ج - تطبيقات مختلفة لنظرية التمسف في استعمال الحق

٥٦٥ - تطبيقات تشرعية وتطبيقات قضائية : تنشر تطبيقات التمسف في استعمال الحق في جميع نواحي القانون . وبعض هذه التطبيقات وردت فيها نصوص تشرعية خاصة في التقنين المدني الجديد ، ففسرى عليها هذه النصوص بالذات . وبعضها كان ثمرة اجتهاد القضاء للمرى في عهد التقنين للذى القديم ، ولم يخرج القضاء في تطبيقه لنظرية التمسف عن المبادئ التى قدمناها . فنورد بعضاً من التطبيقات التشرعية وبعضاً من التطبيقات القضائية^(٢).

٥٦٦ - تطبيقات تشرعية من نصوص التقنين المدنى المبرر : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١ على ما يأتى : « الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتسبون إليها بحسبهم . ومع ذلك فى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر ، وتترتب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان قص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته » .

== إذا كان فى التنفيذ الصب لورفاق المدنى ، وتمسف الدائن فى المطالبة بهذا التنفيذ فى غير مصالحة جدية ، فإنه ينتج من ذلك ويفرض عليه أن يقتصر على تمويض قسئى : م ٢٠٣ فقرة ٢) . وسنرى أمثلة أخرى فى التطبيقات التشرعية لالتمسف .

(١) [وقد قضت محكمة التقس بأنه إذا كان الحكم المعلوم فيه أقام قضاء بالتمويض على أن الطاعن استعمال حق الطلاق استعمالاً غير مشروع قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة هى إستقلال حكم الطقة الصادر للمعلوم عليها طبقاً لفرعية العقد ، فإن هذا القضاء يخالف أحكام للقانون التى توجب تطبيق أحكام الفرعية الفراء وهى ديانة الزوج عند إبطال الطلاق كما يخالف ما استقر عليه القضاء من عدم وجود حقوق مكتسبة استناداً إلى القانون الذى أبرم الزواج فى ظله : تقس مدنى فى ١٩٦٣/١/٣٠ مجموعة أحكام التقس السنة ١٤ ص ١٨٩ رقم ٢٤] .

(٢) هذا وكثيراً ما تختلط تطبيقات التمسف فى استعمال الحق بتطبيقات الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . وقد سبق أن بينا الفرق ما بين الوضين .

فناقص الأهلية هنا إذا طلب إبطال العقد يكون متمسكاً ، فيرد عليه قصده ، ويحرم من الحق في إبطال العقد ، ولا يؤثر هذا السبب الخلفي في أهليته . وجزاء التمسك هنا هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ على ما يأتي : « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متمسكاً في توجيهها » . وهنا أيضاً جزاء التمسك هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٩٥ في عقد العمل على ما يأتي : « وإذا فسخ العقد بتمسك من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر ، إلى جانب التعويض الذي يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار ، الحق في تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً » . وجزاء التمسك هنا تعويض قهدي .

ونصت المادة ٦٩٦ في عقد العمل على ما يأتي : « ١ - يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل . إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته ، وعلى الأخص بمماثلته الجائرة أو مخالفته شروط العقد ، إلى أن يكون هو الظاهر الذي أنهى العقد . ٢ - ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاممة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه ، لا يعد عملاً تعسفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل ، ولكنه يعد كذلك إذا كان النرض منه إساءة العامل » . وجزاء التمسك هنا أيضاً تعويض قهدي .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ على ما يأتي : « ومع ذلك فليس للمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط » . ويجوز أن يكون جزاء التمسك هنا هو إزالة الضرر بعد أن وقع ، فيقام الحائط الذي هدمه مالكة تمسكاً من جديد .

ونصت للمادة ١٠٢٩ على ما يأتي : « للمالك القرار المرتفق به أن يجتزع من الارتفاق

كله أو بعضه إذا قد الارتفاق كل منفعة للقرار المرتقى ، أو لم تبق له غير قائمة بمحدودية لا تناسب البتة مع الأعباء الواقعة على القرار المرتقى به . والتصرف هنا في أن يطالب مالك القرار المرتقى بقاء حق الارتفاق بعد أن زالت منفعته . والجزاء هو إزالة الضرر عيناً بانتهاء حق الارتفاق ^(١) .

٥٦٧ — تطبيقات قضائية : والقضاء المصري في عهد التقنين المدني القديم عني بالأحكام التي تطبق نظرية التصرف في استعمال الحق في نواح مختلفة . ونجتزئ هنا بالإشارة إلى بعض منها .

من ذلك التصرف في استعمال حق الملكية ، إذا استعمل المالك حقه بنية الإضرار بالغير . ويؤخذ قرينة على نية الإضرار ألا يكون للمالك نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذي اختاره مع علمه بالضرر الذي يلحق بالغير . فيعتبر متعسفاً المالك الذي يقيم حائطاً في حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له ^(٢) . أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل الجار على داره أو على حديثه ، فلا تصنف ولا تعويض ^(٣) . وإذا استعمل للمالك حقه دون حيلة ، فأنحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص المادي وأضر بالجار ضرراً بليغاً . كان مستولاً ، مثل ذلك من يبنى في أرضه فيخالف قواعد فن البناء بتقصيرها وإحلالاً فيضر بجاره ^(٤) . ومثل ذلك أيضاً من يقيم في ملكه مدخنة تؤذي الجار وكان

(١) انظر في تطبيقات تسمية أخرى يتنوع فيها الجزاء : م ١٢٤ (التسك بالخط على وجه يدرس مع ما يخفى به حسن النية) — م ٥٦٦ فقرة ١ (عزل التبرك من الإدارة دون مسوغ) — م ٥٩٤ فقرة ٢ (إجبار من البطان القرار الذي أنشئ به مصنع أو متجر) — م ٨١٥ (تدلية الحائط للشترك) — م ١٠٢٣ (زيادة عبء حق الارتفاق) م ١٠٢٤ — ١٠٢٥ (تجزئة القرار المرتقى والقرار المرتقى به) — م ١٠٩٤ (إعاق حق الاختصاص إلى الحد المناسب) — م ١١٠٦ (إدارة المرحوم رهن حيازة إدارة سيئة) .

(٢) استئناف مخطئ في ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ م ٢٥٢ — وفي ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٤٢ م ٢٧ .

(٣) استئناف مخطئ في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٣٤ — وفي ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٥٠ م ٤٣ .

(٤) استئناف مخطئ في ١٠ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ م ٤٠٣ .

يمكنه تجنب هذا الأذى لو أقام المدخنة في مكان آخر^(١).

ومن ذلك أيضاً التصف في استعمال الحق في إنهاء العقد . فرب العمل الذي يفصل عاملاً مدفوعاً في ذلك بامبال الاضام يكون متسبباً وتتحقق مسئوليته التقصيرية^(٢).

ومن ذلك أخيراً التصف في استعمال سلطة الوظيفة ، وهو ما يعرف في القانون الإداري بالتصف في استعمال السلطة (détournement de pouvoir) . فإذا انحرف الموظف في أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه ، وصدر تصرفه بقصد الإضرار لأغراض نائية عن الصلحة العامة ، كان متسبباً في استعمال السلطة وتحقق مسئوليته^(٣).

(١) استئناف مخطئ في ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٠ الجمعية الرسمية للمحاكم المختلطة ٦ ص ٨ .

(٢) استئناف مخطئ في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ — وانظر أيضاً : استئناف مخطئ في ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٥ — وفي ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ — وفي ٣٥ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٣ — وفي ٢٥ يولية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩١ — وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢ — وفي ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٧ .

[وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان المحكم قد أنيت تصف الشركة للمطعون عليها في فصل الطاعن من عمله لمجرد رفضه دعوى بالمطالبة بما يعتقد أنه من حقه واعتبر المحكم أن هذا الفصل التصفي خطأ ورب عليه مسئولية الشركة المطعون عليها عن تمريض الطاعن عن الضرر ثم قدر المحكم التوضي في حدود حقه المطلق في التقدير على هدى الناصر التي أشار إليها ويستوجبها قانون عقد العمل الفردي عند التقدير فإن ما ورد في المحكم يتضمن الرد الكافي على ما ينشئ به الطاعن عليه من القصور ومخالفة القانون والخطأ في تطبيقه : قض مدني في ١٢/٣١/١٩٥٩ بمجموعة أحكام التقض السنة ١٠ ص ٨٦٦ رقم ١٣٢] .

(٣) قض مدني في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٤ رقم ٣ ص ٣ . وقد يقع التصف في استعمال السلطة عن طريق قرار إداري يصدر من الموظف ، فيكون بامبالا ويوجب التوضي . وكل من دعوى الإنهاء ودعوى التوضي في هذه الحالة يكون من اختصاص محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة . وقد يقع التصف في استعمال السلطة عن طريق عمل مادي ، فيوجب مسئولية كل من الموظف والحكومة مسئولية تقصيرية ، ودعوى المسئولية هنا من اختصاص القضاء المادي وحده .

أنظر في تطبيقات أخرى : عدول المطلب عن الخطيئة والتصف في استعمال حق الطلاق والتصف في استعمال حق الادعاء والتصف في استعمال حق دفع الدعوى : محمد كامل مرسى في الالتزامات ٢ ققرة ٤٢—٤٦ — وفي التصف في استعمال حق الملكية وفي حق الرجوع إلى القضاء وفي حرية الرأي وفي =

المبحث الثاني

الضرر

(Le Préjudice)

٥٦٨ - تمهيد للموضوع - تعريفات: الضرر^(١) هو الركن الثاني للمسئولية التقصيرية. فليس يكفي لتحقيق المسؤولية أن يقع خطأ، بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً^(٢)

== السلطة القضائية وفي العقود حين علم في نظرية سوء استعمال الحقوق فقرة ١٠٤ - ٢٦٠ - ومؤلفه في المسؤولية المدنية فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣١٢ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن حق الانتجاع إلى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة، وإلا أنه لا يوجب لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير ولا حق المساءلة بالتعويض. وسواء في هذا الخصوص أن يقرن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تفرق به تلك النية، طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توفر نية الاضرار وقصد الكيد لدى الطاعن بطلب شهر لإفلاس المطعون عليه، غلبه ذلك ليقوم قضاؤه في ذلك على أساس سليم (نقض مدني ٥ أكتوبر سنة ١٩٥٩ بمجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٧ ص ٥٧٤)].

(١) [انظر في بيان ركن الضرر الدكتور سليمان مرقس في دروسه للدكتوراه بجامعة القاهرة في المسؤولية التقصيرية صحيفة ٩١ بند ٥٥ وما بعده - وكتابه الفصل الضار طبعة ١٩٥٦ ص ٣٤ بند ٧٥ وكتابه مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٠ ص ٤٩٥ بند ٣٨٠ - والدكتور حجت أبوسليت مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٤ ص ٤٣٥ بند ٤٥٩ - والدكتور أنور سلطان (المصادر طبعة ١٩٦٢) ص ٥٢٠ بند ٤٤٨ - والدكتور عبد المنعم فرج الصدة (المصادر ١٩٥٨) ص ٤٨٨ بند ٤٤٧ - وانظر الدكتور سامي غانم في أحكام الالتزام طبعة ١٩٥٦ ص ٨٩ بند ٥٣ وما بعده - ومطول بيدان جزء ٩ مكرر ص ٧١٦ بند ١٥٩٥ وما بعده وكذلك ص ٧٦٦ بند ١٦٤٨ وما بعده - مارتي وريزو ج ٢ (المجلد الأول) ص ٣٥٢ بند ٢٧٥ وكذلك ص ٥٥١ بند ٥٠٨ - دي باج ج ٢ ص ٨٨٩ بند ٩٤٧ وما بعده وكذلك ص ٩٧٨ بند ١٠١٨ وما بعده].

(٢) استئناف مخطئ في ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٤٣ مج ١ وفي ٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٤ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٩ م ١٠ وفي ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ - وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٧٧ ص ٢٤ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٢ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٨ م ١٠ وفي ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٩٧ - وفي ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ - وفي ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٤٣ - وفي ٣ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٦ - انظر أيضاً الاستئناف رقم ١٠ يولييه سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٤٠٦ .

وتتكمّل هنا في قيام الضرر في ذاته . أما الكلام في التعميـض عن الضرر فحلّه الفرع
الخاص بآثار المسؤولية .

والمضـرور هو الذي يثبت وقوع الضرر به . ووقوع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها
بجميع الطرق ، ومنها البيئة والقرائن ^(١) .

٥٦٩ — الضرر المادي والضرر الأدبي ^(٢) : وقد يكون الضرر مادياً يصيب المضـرور
في جسمه أو في ماله ، وهو الأكثر الغالب . وقد يكون أدبياً يصيب المضـرور في شعوره
أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أى معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها .
وتتكمّل في كل من هذين النوعين .

المطلب الأول

الضرر المادي

٥٧٠ — شرطاه : الضرر المادي هو إخلال بمصلحة المضـرور ذات قيمة مالية .
ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً ، ولا يكفي أن يكون محتملاً يقع أو لا يقع .

(١) ووقوع الضرر مسألة موضوعية لارتباطها فيها لمحنة النفس . ولكن الشروط الواجب توافرها
في الضرر ، وجواز التعميـض عن الضرر الأدبي ، وانتقال هذا التعميـض إلى الورثة ، كل هذه مسائل
قانونية تخضع لرقابة محكمة النفس (الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار ص ٣٠) .
[وقد قضت محكمة النفس بأنه إذا كانت محكمة الموضوع حين قضت برفض التعميـض قد أسست قضاءها
في ذلك على ماقاتله من عدم ثبوت الضرر ، وهو ما تملكه في حدود سلطاتها التقديرية ، فلا معقب عليها .
(نفس جنائي في ٢٢/١١/١٩٥٤ مجموع أحكام النفس السنة ٦ رقم ٦٧ ص ٢٠١)] .

[وقضت محكمة النفس بأن الضرر ركن من أركان المسؤولية وثبوته شرط لازم لقيامها والتضاء بالتعميـض
تباعاً لذلك ، فإذا كان رب العمل قد تعبك في قطعه بأن العامل لم يلحقه ضرر من جراء فصله لإيـاء من العمل
وذلك لانتحاله بخمسة رب عمل آخر فإن الحكم الطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع ولم ين بتجسيـمه
والرد عليه مع أنه دفاع جوهري يحتمل فيما لو ثبت أن يتضرر معه وجه الرأى في الدعوى يكون مشوباً
بصور يطله : نفس مدني في ٣٠ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النفس السنة ١٣ رقم ١٠٦ .
ص ٧١٦] .

(٢) [أنظر الدكتور سليمان مرقس دروس الدكتوراه السابق الإشارة إليها بند ٥٨ وما جسده
في التمييز ما بين الضرر المادي والضرر الأدبي وبند ٦١ في إمكان اجتماع الضررين الماهي والأدبي] .

فالضرر المادي إذن شرطان : (١) أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضروب .
(٢) أن يكون محققاً . ونبحث كلا من هذين الشرطين .

§ ١ - الإخلال بمصلحة مالية للمضروب

٥٧١ - الضرر إفعال بحسب أو محصلته : قد تكون المصلحة المالية للمضروب حقاً أو مجرد مصلحة مالية . ونستعرض كلا من الفرضين .

٥٧٢ - الضرر إفعال بحسب للمضروب : لكل شخص الحق في السلامة : سلامة حياته وسلامة جسمه . فالتعدي على الحياة ضرر ، بل هو أبلغ الضرر . وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأى أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبد نفقة في العلاج هو أيضاً ضرر مادي^(١) .

والتعدي على الملك هو إخلال بحق ويمتد ضرراً . فإذا أحرقت شخص منزلاً لآخر ، أو قلعت زراعته ، أو خرب أرضه ، أو أتلف له مالا كأثاث أو عروض أو غير ذلك ، كان هذا ضرراً مادياً أصاب المضروب في حق ثابت له . وكل إخلال بحق مالى ثابت ، عينياً كان هذا الحق أو شخصياً ، هو ضرر مادي^(٢) . والأمثلة على ذلك كثيرة نجتزئ بما قدمناه منها .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٥ يولية سنة ١٩١٤ الصرائح ١ رقم ٤١٢ س ٢٥١ .
(٢) [قضت محكمة النقض بأن من المقرر في القانون أنه ليس للمستأجر الجديد أن يطرد المستأجر القديم بالقوة من العقار المؤجر وليس له أن يضع اليد على العين المؤجرة إلا بالتراضي أو تنفيذاً لحكم قضائي . وإذن فإذا قضى المحكم على المستأجر الجديد بالتعويض للمستأجر القديم باعتباره صاحب اليد على الأرض التي كانت لاتزال مشغولة بزراعة التي كان دائماً يحصلها على أساس الضرر الناشئ عن مخالفة القانون باعتداء المستأجر الجديد ، فإنه لا يكون قد أخطأ في شيء .
(نقض جنائي في ١٣/٢/١٩٥٠ مجموعة القواعد التي قررت محكمة النقض خلال ٢٤ عاماً س ٦١٦ رقم ١٠٠) .

كما قضت في حكم آخر بأنه لا يكفي للحكم بالتعويض لصاحب الأرض التي تعطلت زراعتها بسبب قيام الحكومة بإنشاء مصرف أن يثبت تحقق الضرر بل يجب أن يكون طالب التعويض هو المضروب فعلاً ، فإذا كانت هذه الأرض مؤجرة لغيره وأحالت المحكمة الدعوى على التحقيق لإثبات تنازل صاحب الأرض للمستأجر عن مقابل الضرر ثم أصدرت حكماً بالتعويض لصاحب الأرض مكففة بالتعويض عن ثبوت الضرر وتقدير التعويض دون أن تقول كلمتها في نتيجة التحقيق ، فالت حكمها يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه .

(نقض مدني في ١٠/١١/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة رقم ١٩٦ س ٢٤٥٧ [٣]

وقد يصيب الضرر شخصاً بالتجربة عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر . فالقتل ضرر أصاب المقتول في حياته ، وعن طريق هذا الضرر أصيب بضرر أولاد المقتول بجرمانهم من المائل ، وهذا عدا الضرر الأول الذى أصاب المقتول نفسه^(١) . والحق الذى يعتبر الإخلال به ضرراً أصاب الأولاد تبعاً هو حقهم في النفقة قبل أبيهم^(٢) . وقد يكون للضرر تبعاً دائماً للمصاب لا بنفقة ولكن بحق آخر ، فالإخلال بهذا الحق يعتبر ضرراً

(١) استئناف مخطوط في ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧ - وفي ٢٨ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠ .

(٢) ويمكن أن يكون من فقد المائل له حق في النفقة ولو لم يكن يمال بالنسل ، ذلك أن فقد المائل قد أخاع عليه حقاً ثابتاً هو حقه في النفقة . أما إذا كان ليس له حق في النفقة . ولكن كان يمال فلا حسرى أن الضرر الذى يتل به في هذه الحالة يكون إخلالاً بمصلحة مالية لا إخلالاً بحق ثابت - أما الزوج فلا يطالب بتعويض عن ضرر مادي بسبب موت زوجته لأن الزوج لا يجب له النفقة على زوجته (استئناف مخطوط في ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٦) . ولكن الزوجة تطالب بتعويض عن الضرر المادي لأن لها النفقة على زوجها ، فإذا ما تزوجت ثانية بعد موت زوجها الأول كان هذا عل اعتبار في تقدير التعويض (استئناف مخطوط في ٧ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١) . ولا يتقاضى الوالد تعويضاً عن ضرر مادي أصابه من موت ولده الصغير إلا إذا كان الوالد يستفيد من عمل ولده (استئناف مخطوط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ - وفي ٢٢ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٥) - ولا يستدل في تقدير التعويض ما ألقاه الوالد في تعليم ابنه المصاب فإن التعليم واجب عليه (استئناف مخطوط في أول مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٣) - وانظر عكس ذلك استئناف مخطوط في ٥ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) .

والقضاء مضطرب في جواز الحكم بتعويض عن الضرر المادي الذى يصيب من فقد المائل (استئناف مخطوط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ - وفي أول يونيو سنة ١٧٩٨ م ١٠ ص ٢٩٢ - وفي ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩٢ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ - وفي ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٣٢٢ ص ٢٩٣) . وهذه الحق ليس ميراثاً ينتقله بل هو حق شخصي له فلا يطلى بنسبة المصيب في الإرث بل بمقدار الضرر الذى وقع (استئناف مخطوط في ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٦ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨) . ولا ينتقل حق التعويض إلى ورثة من فقد المائل حتى لو مات هذا بعد رفع الدعوى (استئناف مخطوط في ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٥) . أما إذا ثبت أن الأقارب المصاب مستوفون عنه وأنه ليس يولم فلا حق لهم في التعويض : استئناف مخطوط في ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٢٢ (بنت متزوجة) - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ (حقيقة تراول مهنة لتخليج أن تعيش منها) - وفي ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ (بنت متزوجة وتعيش مستقلة مع زوجها وأولاد بنوا من الرشد موظفون في الحكومة ويعيشون مع والدهم ولكنه لا يتفق عليهم بل لم الذين يساعدونه) .

بالنسيئة . مثل ذلك دائن يطالب الدين بعمل يستوجب تدخله الشخصي ، وقد قتل المدين ، فللدائن مطالبة القاتل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء فقد مدينه وفوات الفرصة عليه في تنفيذ العمل . أما إذا كان الدائن يستطيع أن يحصل على حقه من غير تدخل المدين ، فلا يكون ثمة ضرر . ذلك أن التركة إذا كانت موسرة استطاع الدائن أن يتقاضى منها حقه ، وإذا كانت معسرة فقد ثبت أن للمدين كان مصراً قبل موته ولم يحدث للدائن ضرر بالموت .

٥٧٣ — الضرر إغفول بمصلحة مالية للمضرور : وقد يكون الضرر إخلالاً لا بحق للمضرور ولكن بمجرد مصلحة مالية له . مثل ذلك أن يصاب عامل فيستحق معاشاً عند رب العمل ، فيكون المستول عن إصابة العامل قد أصاب رب العمل في مصلحة مالية له إذ جعله مسئولاً عن معاش العامل ، والإخلال بالمصلحة المالية على هذا النحو يعد ضرراً . ومثل آخر للمصلحة المالية التي يصاب فيها المضرور أن يفقد عائله دون أن يكون له حق ثابت في النفقة ، وهذا بخلاف من له حق ثابت في النفقة فإن الضرر يصيبه في حق لا في مصلحة . ويقع ذلك إذا كان شخص يمول أحداً من أقاربه أو ممن يلزمه به دون أن يلزمه القانون بالنفقة عليه . فن يمال إذا فقد العائل يكون قد أصيب في مصلحة مالية — لا في حق — إذا هو أثبت أن العائل كان يموله فلا وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة ، فيقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى له جعويض على هذا الأساس^(١) . كذلك الضرر الذي يعيب

(١) [قضت محكمة النقض بأنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر الذي أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور ، وأن يكون هذا الضرر عتقاً ، فإذا أصاب الضرر شخصاً بالتجبة عن طريق ضرر أصابه شخصاً آخر فلا بد من توفر حق لهذا التبر يتجر الإخلال به ضرراً أصابه . وأن ذلك في تحقق الضرر الذي للشخص الذي يدعي نتيجة لوقعة آخر هو أن يقب أن المي عليه كان يموله فلا وقت وفاته وعلى نحو مستمر دائم وإن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة فيقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى له جعويض على هذا الأساس . فبعد احتمال وقوع ضرر في المستقبل لا يمكن للحكم بالتعويض : قضى جنائي ١٣ / ٢ / ٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٩٩ — ص ٢٢٠] .

الطبية من فقد خطيها يقاس بمقدار ما كلفتها الخطية من ثقلات وبمقدار ما ضاع عليها من فرصة في إنعام الزواج ، وهذا أمر يترك تقديره للقاضي ^(١) .

ويراهى أن المصلحة المالية التي يمد الإخلال بها ضرراً هي المصلحة المشروعة . أما المصلحة غير المشروعة فلا يمتد بها ، ولا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض . فانغلاق لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها ، لأن العلاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة . أما الولد الطبيعي والأبوان الطبيعيان فيجوز لم ذلك ، لأن العلاقة فيما بينهما ، وإن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة ، هي في ذاتها مشروعة ^(٢) .

§ ٢ - تحقق الضرر

٥٧٤ - الضرر الحال والضرر المستقبل ^(٣) : ويجب أن يكون الضرر محقق الوقوع ، بأن يكون قد وقع فعلاً ، أو سيقع حتماً ^(٤) .

(١) أما التعامل مع المصاب ، كالماتك والصاب والمجام ، فإن مجرد تعاملهم معه لا يكفي لتوليد مصلحة. حقيقة يكون الإخلال بها ضرراً ، بل يجب أن يكون هناك عقد بينهم وبين المصاب ، فيكون الضرر هو الإخلال بحق نشأ من هذا العقد لأصلحة مالية غلب (مازو ١ ققرة ٢٧٧ - ٦) .

[وقد قضت محكمة النقض « بأنه متى كان الحكم الموضوعي إذ قضى للمطعون عليه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الدواوى للكيدية التي رفضها الطاعن قرر أن منسك هذا الأخير استند من وقت الملعون عليه وجهوده وماله التي الكثير لجباية نشاط خصه وأن هذه الإجراءات الكيدية التي عانى منها الملعون عليه وأفلقت ياله في مدى ١١ عاماً تقدر المحكمة عنها المبلغ الذي قضت به فإن في هذا الذي أورده الحكم البيان الكافي لناصر الضرر الذي قضى بالتعويض عنه : قضى مدى ١٠/١٠٥٢/١٩٥٢ بمجموعة أحكام القضاء السنة ٣ من ٩١٦ رقم ١٣٣] .

(٢) انظر مازو ققرة ٢٧٧ - إلى ققرة ٢٩١ . [وانظر عبيد التميم فرج الصلحة نهاية ققرة ٤٤٩ من ٤٩٠ وقارن أحد ختمت أبو سبت ققرة ٤٣٦ من ٤٣٧ حيث يرى أن كل ما يترتب على العلاقة الطبيعية لا يجوز أن يحمله القانون في مصر لخالفاتها للأدب] .

(٣) انظر الدكتور مرقس جروس الدكتوراه المشار إليها ١٠٧ بند ٦٦ .

(٤) وقد قضت محكمة القضاء أنه يجب بتخصي القانون لصحة طلب المدعى المدني المحكم له من المحكمة

مثل الضرر الذى وقع فعلاً — وهو الضرر الخال — هو أن يموت المضرور أو يصاب
بتلف فى جسمه أو فى ماله أو فى مصلحة مالية له على النحو الذى قدمناه .

ومثل الضرر الذى سيقع حتماً — وهو الضرر المستقبل — هو أن يصاب عامل
فيعجز عن العمل ، فيمضى ليس بحسب عن الضرر الذى وقع فعلاً من جراء عجزه عن
العمل فى الحال . بل وعن الضرر الذى سيقع حتماً من جراء عجزه عن العمل فى المستقبل .
فإذا كان هذا الضرر يمكن تقديره فوراً قدره القاضى وحكم به كاملاً . أما إذا كان
لا يمكن تقديره ، فقد يرجع ذلك إلى أن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولاً ،
كما إذا أصيب العامل فى ساقه وتوقف تقدير الضرر على ما إذا كانت الساق ستبتدئ أو ستبقى .
فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الفرضين وبحكم بما قدر ، ويتقاضى العامل
التعويض الذى يستحقه وفقاً لأى من الفرضين يتحقق فى المستقبل . وقد يرجع عدم
إمكان التقدير فى الحال إلى أن العامل سيقبى عاجزاً عن العمل عاجزاً كلياً أو جزئياً طول
حياته ، ولا يعلم أحد فى أى وقت يموت ، فيجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يحمل التعويض
إيراداً مرتباً مدى الحياة . وقد يرجع عدم إمكان تقدير الضرر إلى أسباب أخرى ،
فيجوز للقاضى بعد أن يقدر الضرر وفقاً لما تبينه من الظروف أن يحتفظ للمضرور بالحق
ق أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير ^(١) . وقد أشار إلى هذه الفروض

الجنائية جمويشات مدنية أن يكون الضرر المدعى ثاباً على وجه اليقين والتأكد ، واقفاً ولو فى المستقبل .
وجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكتفى بالبداية (قض جنائى فى ١٦ يونية سنة ١٩٤٧ الحاملة ٢٨ رقم
٢٤١ م ٧٤٦) . وانظر أيضاً طلباً الاستثنائية فى ٤ مايو سنة ١٩١٣ الترائى ١ رقم ٧٦ م ٥٠
— وانظر فى القضاء المختلط : استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بورطلى م ١٧٩ رقم ٩ — وفى
١٠ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ م ٧٨ — وفى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ م ٢٠ — وفى ١٣ يناير
سنة ١٩٠٩ م ٣١ م ١١٠ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ م ٣٥٣ — وفى ١١ فبراير
سنة ١٩١٥ جازيت م ٥ رقم ٦٨ م ١٥٥ — وفى ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ م ١٩٩ — وفى
٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٥٨ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٢٠٧ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن احتمال حصول الضرر لا يصلح أساساً لطلب التعويض ، بل يلزم تحققه .

قض جنائى فى ١٩٥٥/٣/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٨٩ م ٥٨٢] .

(١) وقد جرى القضاء فى عهد التقنين القديم على هذا البعد فكان يسمح للمضرور أن يطلب تعويضاً

التقنين المدني الجديد . فتنفى في المادة ١٧٠ بأن « يقدر التقاضي مدى التمويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعيًا في ذلك الظروف والملابسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التمويض تمييزاً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور

مؤقتاً ثم يستكمل بعد ذلك في دعوى تالية . وفقت محكمة النقض في هذا المعنى بما يأتي : إذا دخل شخص مدعياً بحق مدني أمام محكمة الجناح طالباً أن يقضى له بمبلغ بصفة تمويض مؤقت عن الضرر الذي أصابه بسبب شخص آخر ، مع حفظ الحق له في المطالبة بالتمويض الكامل من المشلول عنه بقضية على حدة ، وقضى بالتمويض المؤقت ، فذلك لا يمنع من المطالبة بتكملة التمويض بعد أن يتبين له مدى الأضرار التي لحقت من الفعل الذي يطلب التمويض بسببه . وقالت المحكمة في أسباب الحكم ما يأتي : « ... أن الطعون ضده إذا كان قد تدخل في دعوى الجناحة وطلب فيها حجة جنبيهات تمويضاً عن الحادثة التي يطلب التمويض بسببها الآن ، فلهذا حدد قدر التمويض وصفته وأثبتت محكمة الجناح له أنه لا يمكن طلب تمويضاً مؤقتاً (أي شيئاً بسيطاً عما يستحق له من التمويض) محظوظاً بحقه في طلب التمويض الكامل من المشلولين عنه بعد أن بين الزمن مدى الأضرار التي نشأت له من الحادثة . . كل هذا قد بينه الحكم المطعون فيه بصدوره على هذا الوضع ، وأكد أن المطعون ضده لم يستفد في دعوى الجناحة ما كان له من حق فروع هذه الدعوى هو إذن غير موضوع الدعوى الأولى ، بل هو تكملة له كما قال الحكم المطعون فيه (تنقض مدني في ٧ يولية سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٩٠ من ٤١٥) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : تنقض مدني في ٢ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ من ٤٧٢ — تنقض جنائي في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ الهامة ٢٧ رقم ٤٩ من ٩٨ — للنصورة الكلية الوطنية في ١٧ سبتمبر سنة ١٩٤٣ الهامة ٢٤ رقم ١٣٠ من ٣٩٥ — استئناف مختلط في ١٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ من ١٨٨ — وفي ٢٩ نوفمبر ١٩٣٢ م ٤٥ من ٤٠ .

[وقد فقت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعي بالحق المدني أمام محكمة الجناح قد طلب القضاء له بمبلغ بصفة تمويض مؤقت عن الضرر الذي أصابه مع حفظ حقه في المطالبة بالتمويض الكامل وقضى له بالتمويض على هذا الأساس ، فإن ذلك لا يحول بينه وبين المطالبة بتكملة التمويض أمام المحكمة المدنية لأنه لا يكون قد استفاد كل ما له من حق أمام محكمة الجناح ، ذلك أن موضوع الدعوى أمام المحكمة المدنية ليس هو ذات موضوع الدعوى الأولى بل هو تكملة له : تنقض مدني ١٧/١١/١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٣ من ١٤٩٥] .

وقد جرت العادة عندما كان القضاء المختلط قائماً ، إذا كانت دعوى المشلول من اختصاصه والدعوى الجنائية من اختصاص المحاكم الوطنية ، أن يستل المضرور مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية بمبلغ ضئيل على سبيل التمويض المؤقت ، ثم يرفع دعوى المشولية أمام المحاكم المختلطة طالباً بصويض كامل (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ من ٤٣) .

هذا ويراعى أن التمويض المؤقت غير التفتة في الوقت التي سيأتي ذكرها فيما يلي عند الكلام في تقرير التمويض .

بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير»^(١). وقضى في الفقرة الأولى من المادة ١٧١ بأن «يسن القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف. ويصح أن يكون التعويض مقسما كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا. ويجوز في هاتين الحالتين إلزام الدين بأن يقدم تأمينا»^(٢). وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام في التعويض.

على أن الضرر المستقبل قد لا يكون متوقفا وقت الحكم بالتعويض فلا يدخل في حساب القاضي عند تقديره، ثم تتكشف الظروف بعد ذلك عما تقام منه، كأن يكف بصر العامل الذي أصيب في عينه أو أن تؤدي إصابته إلى وفاته. فهنا يجوز للضرر أو لورثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد دخل في حساب القاضي عند تقدير التعويض الأول. ولا يمنع من ذلك قوة الشيء المقضى، فإن الضرر الجديد لم يسبق أن حكم بتعويض عنه أو قضى فيه. ولا يعتبر نزول النقد ظرفا من شأنه أن يزيد في الضرر. فإذا حكم لشخص بإيراد مرتب تعويضا عن الضرر الذي وقع به، وقدر الإيراد بمبلغ من النقود. ثم انخفضت قيمة النقد بعد ذلك، فلا يستطيع المضرور أن يطالب بإعادة النظر في تقدير الإيراد. ما لم يكن المبلغ المحكوم به قد روعي فيه أن يكون كافيا لنفقة

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « وقد لا يتيسر للقاضي أحيانا أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديدا كافيا كما هو الشأن مثلا في جرح لانتئين عقابه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن . فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضا موقوتا بالتثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم على أن يبيد النظر في قضائه بعد فترة مقبولة يتولى تحديدها . فإذا انقضى الأجل المحدد أعاد النظر فيها حكم به ، وقضى للضرر بتعويض إضافي إذا اقتضى الحال ذلك ، وعلى هذا سار القضاء المصرى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٣) . وقيل في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في صدد الاعتراض على النص بمبدأ قوة الشيء المقضى ما يأتى : « إذا رأى القاضي أن الوقت غير جلي ، واحتفظ في حكمه للضرر بالرجوع بتعويض تكبلى خلال مدة معينة ، فلا يلتزم ذلك مع قاعدة حجية الأحكام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٤) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتى : « والأصل في التعويض أن يكون مبلغا من المال ، ومع ذلك يجوز أن يختلف صوره ، فيكون مثلا إيرادا مرتبا يمنح لمال تقعه حادثة من حوادث العمل من القيام بأوده . ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم الدين بأن يقدم تأمينا ، أو أن يودع مبلغا كافيا لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغى التمييز بين التعويض من طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوف مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافي » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٧) .

للضرورة . فيجوز عند ذلك زيادة الإيراد أو إقصاءه تبعاً لانخفاض قيمة النقد أو ارتفاعها^(١) أما إذا كان القاضي قدر قيمة الضرر وحكم بالتعويض وفقاً لهذا التقدير ، ثم تكشفت الظروف بعد ذلك عن تناقص الضرر تناقصاً لم يكن متوقفاً ، كأن قضى لمامل بتعويض عن إصابة أدت إلى كف بصره . ثم تبين بعد ذلك أن العامل قد استرد شيئاً من قوة الإبصار ، فلا يجوز في هذه الحالة أن يصاد النظر في تقدير التعويض لإقصاءه لأن هذا التقدير قد حاز قوة الشيء المقضي^(٢) .

٥٧٥ — الضرر المحتمل : ويجب التمييز بين الضرر المستقبل préjudice futur — وهو ضرر محقق يجب التعويض عنه على ما بينا — والضرر المحتمل (préjudice éventuel) وهو ضرر غير محقق ، قد يقع وقد لا يقع ، فلا يكون التعويض عنه واجباً إلا إذا وقع فعلاً . مثل ذلك أن يحدث شخص بخطئه خللاً في منزل جاره ، فالضرر المحقق هنا هو ما وقع من هذا الخلل . ويلتزم المسئول بإصلاحه ، ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء المنزل إذا لم يكن من المحقق أن الخلل سيؤدي إلى انهدامه . ويتبرص صاحب المنزل حتى إذا تهدم منزله فلا بسبب هذا الخلل ، رجع على المسئول بالتعويض عن ذلك^(٣) .

٥٧٦ — التعويض عن تفويت الفرصة : كذلك يجب التمييز بين الضرر المحتمل — وهذا لا يعمد عنه على النحو الذي مر — وتفويت الفرصة (perte d'une chance) ويعموض عنه . ذلك أن الفرصة إذا كانت أمراً محتملاً ، فإن تفويتها أمر محقق . وعلى هذا الأساس

(١) ملزو ١، فقرة ٢٢١ .

(٢) ملزو ١، فقرة ٢٣٠ .

(٣) انظر في عدم جواز التعويض عن ضرر محتمل إلا إذا وقع فعلاً : استئناف مختلط ق ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ م ١٧ — و ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ٢٧٦ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجب الحكم استيفاءه من عناصر الضرر المبرمان من مكافآت طلاب أن نظره بنى على أن للمعي به في هذا الصدد احتمال وليس محقق الوقوع (قضى مدني ٣ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١١٣ م ٧٥٠)] .

يجب التمييز ، فإذا أهمل محضر في إعلان صحيفة الاستئناف إلى أن فات ميماده ، أو قصرت جهة عقدت مسابقة في إخطار أحد المتسابقين عن ميماده المسابقة فقاته التقدم إليها ، فإنه إذا كان لا يمكن القول إن المتأنف كان يكسب الاستئناف حتماً لو أنه رفع في الميماده ، أو أن المتسابق كان يفوز حتماً في المسابقة لو أنه تقدم إليها ، فلا يمكن القول من جهة أخرى إن الأول كان يخسر الاستئناف حتماً ، وأن الثاني كان لا يفوز حتماً في المسابقة . وكل ما يمكن قوله إن كلا منهما قد فوتت عليه فرصة الكسب أو الفوز . وهذا هو القدر المحقق من الضرر الذي وقع . وعلى القاضى أن يقدر هذا الضرر ، بأن ينظر إلى أى حد كان الاحتمال كبيراً في كسب الاستئناف أو في الفوز في المسابقة ، ويقضى بتعويض يعادل هذا الاحتمال^(١) . والأمر لا شك يتسع في مجال الاجتهاد ويختلف فيه التقدير ، وعلى القاضى أن يأخذ بالأحوط وأن يتوقى المبالغة في تقدير الاحتمال بنجاح الفرصة^(٢) .

وبما جرى به القضاء المصرى التمييز عن تفويت فرصة النجاح في الامتحان^(٣) ، والتعويض عن تفويت الفرصة في كسب دعوى الشفعة^(٤) ، والتعويض عن تفويت الموظف

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المحكم قد قضى للطاعن بالتعويض على أساس أن إخلال الشركة بالطعون عليها بالتزاماتها قد ضيع عليه فرصة كان يترقبها من وراء إظهاره في الأفلام المتعاقدة عليها ، وهو ذبوع شمرته كمثل سببها فإنه يكون من غير المنتج الذى على هذا المحكم بأنه وصف هذا الضرر بأنه ضرر أدنى فحسب في حين أن الطاعن يرى أن الوصف الحقيقى المنطبق عليه أنه ضرر مادى متى كان لم يقدم إلى محكمة الموضوع ما يدل على أن ضرراً آخر محققاً قد حاق به خلاف الضرر الذى قضى له بالتعويض من أجله : قض مدنى ١٠/١٢/١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ٣٦ س ٢٤١] .

(٢) مازو ١٠ فقرة ٢١٩ .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن يحكم الطالب الذى يحرم دون حق من الامتحان ، بجسم إعطائه القرس التى أباحها القانون ، بتعويض مناسب (مصر الكلية الوطنية في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ بالجريدة القضائية ٥٣ س ٤٩) .

(٤) ففي قضية ترتب على إهمال محضر في إعلان عريضة دعوى الشفعة أن سقط الحق فيها ، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية أن ليس لها إلا أن تتحقق من الوقائع التى تثبت تولد الشفعة ، فلا يجوز لها أن تفصل بنفسها في حقوق الخصام في دعوى الشفعة كما كان يفصل فيها لو قدم موضوع الدعوى إلى المحكمة ، وإنما عليها أن تحكم بتعويض إذا ترجع لديها احتمال نجاح الشفعة في دعواهما (استئناف وطنى في ٧ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣٤ س ٢٦٦) .

الفرصة في الترقية إلى درجة أعلى^(١).

(١) وقد أصدرت محكمة النقض في هذه المسألة أحكاماً متناقضة صريحة في هذا المعنى . فقضت بأنه إذا أدخل الحكم ضمن التمييز المحكوم به ما فلت على الموظف من فرصة الترقى بسبب إحلته إلى الماش قبل الأوان فلا خطأ في ذلك ، فإن القول بأن الترقى من الإطلاقات التي تملكها الجهات الرئيسية للموظف وليس حقاً مكتسباً عليه بالبداية أن يكون الموظف باقياً يصل في الخدمة . أما إذا كانت الوزارة هي التي أحالت الموظف إلى الماش بدعى بلوغه السن بناء على قرار بإحلاله ، فلا مناس من إدخال تقييد الترقية على الموظف ضمن عناصر الضرر التي نشأت عن الإخلال بمحقه في البقاء في الخدمة . ذلك لأن القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب القاتل الذي هو عنصر من عناصر التمييز ما كان الضروري يأمل الحصول عليه ما دام هذا الأمل له أسباب مقبولة (قضى مدني في أول أبريل سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٤٤ ص ١٠٧) . وقضت في حكم ثان بأنه إذا كان الحكم قد وقف في جبر الضرر الناشئ عن خطأ عند حد القضاء للموظف على الحكومة بالفرق بين معاشه وصافي راتبه ، ولم يوضح عما فاته من فرصة الترقية إلى الدرجة الواه التي خلت ، مستنداً في ذلك إلى أن الترقية ليست حقاً للموظف ولو تحققت فيه شرائط الأقدمية والمجادة ، بل هي حق للحكومة تتصرف فيه كما تشاء بلا رقيب ولا حسيب ، فإنه يكون قد أخطأ ، إذ أن حرمانه من الفرصة التي منحت له للحصول على الترقية هي عنصر من عناصر الضرر يتعين النظر فيه . ولقد كان يصح ما فاته الحكم لو أن ذلك الضابط كان قد بقي في الخدمة ولم تره الوزارة فعلاً ، حيث يصح القول بأن الترقى هو من الإطلاقات التي تملكها الوزارة وتستغل بها بلا مقب . أما الوزارة قد أحلته على الماش قبل بلوغه السن بناء على قرار بإحلاله اتخذته في تقدير سنه ، مخالفة في ذلك قراراً آخر صحيحاً ملزماً لا تملك نقضه ، فإن هذا القول لا يسوغ جعل تصرفها المخالف فوق رقابة قضاء التمييز (قضى مدني في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٢٠ ص ٢٧٥) . وقضت في حكم ثالث بأن القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التمييز ما كان لمطالبه من رجحان كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع . فإذا كان الحكم لم يمتد بهذا المنصر فيما قضى به من تعويض لموظف أحيل إلى الماش دون مسوغ ، ولم يورد لذلك أسباباً من شأنها أن تفيد أن ترقية طالب التمييز كانت غير محتملة لو أنه استمر في الخدمة حتى بلوغه سن التقاعد ، فإنه يكون متعيناً نقضه في هذا الخصوص (قضى مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩) .

انظر أيضاً في هذه المسألة : قضى مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ٩٠ ص ٢٦٢ — وفي ٢ يونيو سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٢٦ ص ٣٩٠ .

[وقضت محكمة النقض بأن القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب القاتل الذي هو عنصر من عناصر التمييز ما كان الضروري يأمل الحصول عليه ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة ومن ثم فإن تقييد الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب إحلته إلى الماش بغير حق وهو في درجته ، عنصر من عناصر الضرر ، التي يجب النظر في تعويض الموظف عنها ، أما القول بأن الضرر الذي يصور في هذه الحالة مردد بمجرد أمل لا يرقى إلى مرتبة الحق المؤكد إذ لا يتعلق للموظف حق إلا بتقويت ترقية مؤكدة فمردود بأنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فإن تقييدها أمر محقق : قضى مدني في ١٣ نوفمبر ١٩٥٨ بمجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٦٨٤ رقم ٨٨] .

المطلب الثاني الضرر الأدبي (*)

٥٧٧ — **تعريف الضرر الأدبي :** الضرر الأدبي (dommage moral) هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله . وقد رأينا أن الضرر الذي يصيب الشخص في حق أو في مصلحة مالية هو ضرر مادي . وعلى النقيض من ذلك الضرر الأدبي . فهو لا يمس المال ولكن يصيب مصلحة غير مالية . ويمكن إرجاع الضرر الأدبي إلى أحوال معينة :

١ — ضرر أدبي يصيب الجسم . فالجروح والتلف الذي يصيب الجسم والألم الذي ينجم عن ذلك وما قد يقب من تشويه في الوجه أو في الأعضاء أو في الجسم بوجه عام ، كل هذا يكون ضرراً مادياً وأدياً إذا نتج عنه إضاق للمال في العلاج أو نقص في القدرة على الكسب للمادي ، ويكون ضرراً أدياً غسب إذا لم ينتج عنه ذلك .

٢ — ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار والمرض . فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والتخرصات والاعتداء على الكرامة ، كل هذه أعمال تحدث ضرراً أدياً إذ هي تضر بسمعة المصاب وتؤذي شرفه واعتباره بين الناس ^(١) .

(*) بعض المراجع : ريبير في القاعدة الأدبية فقرة ١٨١ — دورفيل (Dorville) رسالة من باريس سنة ١٩٠١ — أشار (Achard) رسالة من جنيف سنة ١٩٠٨ — جاند (Gand) رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ — ديوبا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ — جيفور (Givord) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ — دلماس (Delmas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ . — لالو فقرة ١٤٩ وما بعدها — سافانييه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها — ديموج ٤ فقرة ٤٠٢ وما بعدها — مازو ١ فقرة ٢٩٢ وما بعدها — الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٠ — مصطفي مرعي فقرة ١٢٤ — الدكتور أحمد حشمت أبوسنت فقرة ٤٦٤ — فقرة ٤٦٩ — الدكتور سليمان مرقس في الفصل الصادر فقرة ٢٥ .

[وانظر أيضاً في الضرر الأدبي : دي باج ج ٢ بند ٩٥١ مكرر من ٨٩٦ (وما بعد ذلك) — مارتى وريوج ٢ بند ٣٨١ من ٣٦٠ وما بعد — بيدان ج ٩ مكرر بند ١٦٠١ من ٢١٩ وبند ١٦٠٨ من ٢٢٦ — ومقال ريبير بعنوان «نحن الألم» في دالوز ١٩٤٨ قسم المقالات من (١) — وفي اقتنه المصري : السيد أنور سلطان طبعة ١٩٦٢ (المصادر) من ٥٢٥ بند ٤٥٤ والدكتور الصده من ٤٩٣ بند ٤٥٣ والدكتور إسماعيل غانم (أحكام الالتزام ١٩٥٦) من ٩٧ بند ٥٤] .

(١) وبما يؤذي السمعة أن يناع عن شخص أنه مصاب بمرض خطير . وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الأمراض في ذاتها من المورات التي يجب سترها حتى لو كانت صحيحة ، فإذا عتبت في عاقل طلة =

٣ — ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان . فانتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه ، والاعتداء على الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة ، كل هذه أعمال تصيب للضرورة في عاطفته وشعوره ، وتدخل إلى قلبه النعم والأسى والحرز^(١) . ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي^(٢) .

٤ — ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له . فإذا دخل شخص أرضاً مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك ، جاز لهذا أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبي من جراء الاعتداء على حقه ، حتى لو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء .

ويجب في جميع هذه الأحوال أن يكون الضرر الأدبي ، كالضرر المادي ، ضرراً محققاً غير احتمالي .

٥٧٨ — الضرر الأدبي قابل للتعويض : والضرر الأدبي على النحو الذي قدمناه قابل للتعويض بالمال . وقد كان القانون الروماني يقر أحوالاً كثيرة يعرض فيها عن الضرر الأدبي في كل من المسئوليتين التصديرية والعقدية .

وتلاه القانون الفرنسي القديم ، فأجاز التعويض عن الضرر الأدبي ، وقصر ذلك على المسئولية التصديرية دون المسئولية للعقدية ، توهم أن هذا هو حكم القانون الروماني .

وعلى جبهة المستعربين إلى المرضي إذا ذكرت أسماؤهم ، وبالأخص بالنسبة لفتيات لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهم ويسكر صفو آملهم ، وهذا خطأ يستوجب التعويض (١٤ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) .

(١) [تعويض الوالد عن فقد ابنه لا يعتبر تعويضاً عن ضرر محتمل الحصول في المستقبل إذ مثل هذا التعويض إنما يحكم به عن فقد الولد وما يسببه هذا الحادث من الوعرة للوالد في أي حال : نقض جنائي في ١١/١١/١٩٦١ بمجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١٢ رقم ١٨٠ ص ٨٩٩] .

(٢) والإخلال بإقامة الشعائر الدينية يعتبر ضرراً أدبياً . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تمهد مقاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها وتأخر في ذلك ، ثم لم يتم إلا بيمضه ، يعتبر الضرر متوقفاً لأن الوزارة مشتولة عن إقامة الشعائر ، والتأمين الذي أخذته من التمهيد يصبح حقاً مكتسباً لها كما شرط في التمهيد (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥) .

وقد قدمنا أن هذا القانون لا يفرق بين المسئولين في وجوب التعويض عن الضرر^١ الأدبي .

ونصوص التقنين الفرنسى الحديث في عمومها وإطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبي بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادى .

وقد أقر القضاء الفرنسى هذا المبدأ منذ عهد طويل ، ووطئه في أحكام كثيرة^(١) . أما الفقه الفرنسى فقد انقسم بادئ الأمر إلى فريقين : الفريق الأول رأى أن التعويض عن الضرر الأدبي متمنر إذ أن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض ، وحتى إذا كان قابلاً له فإن التعويض فيه يستمعى على التقدير^(٢) . والفريق الآخر ميز بين ضرر أدبي يجوز تعويضه وضرر أدبي لا يجوز فيه التعويض ، واختلفوا في وضع حد هذا التمييز . فمنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذى يجر إلى ضرر مادى ، ولا يعوض إلا هذا الضرر المادى وحده^(٣) . فهو لا إذن لا يجوزون تعويض الضرر الأدبي في ذاته . ومنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذى يترتب على جريمة جنائية^(٤) . وليس هناك أساس معقول لهذا التمييز . ومنهم من يميز التعويض في الضرر الأدبي الذى يصيب الشرف والاعتبار لأنه في العادة يجر إلى ضرر مادى ، ولا يميزه في الضرر الأدبي الذى

(١) وقد استقر القضاء الفرنسى على هذا المبدأ منذ حكم قديم أصدرته محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يولية سنة ١٨٣٣ (سيرة ١٨٣٣ — ١ — ٢٥٨) . وانظر أيضاً : قض فرنسى في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ — ١ — ١٦٣ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٧ — ١ — ٣٩٩ — وفي ٢٣ يولية سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ٢ — محكمة ديجون الاستئنافية في ٢٥ يولية سنة ١٩٤٦ جازيت دى باليه ١٩٤٦ — ٢ — ٢٠٦ .

(٢) بوحدى وإرد ٤ فقرة ٢٨٧١ — ماسان (Massin) رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ — تورنيه (Tournier) رسالة من مونبيلييه سنة ١٨٩٦ — سافيني في القانون الرومانى ١ ص ٣٣٠ وما بعدها .

(٣) مينيال (Meynial) في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٤ — اسمان في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٣ .

(٤) أوربى ورو الطلبة الخامسة جزء ٦ فقرة ٤٤٥ — ص ٣٤٨ .

يصيب العاطفة والشعور لأنه يتمحض ضرراً أدبياً لا يمتزج به ضرر مادي^(١). ولكن جوهر الفقهاء في العهد الأخير يقولون بجواز التمييز عن الضرر الأدبي^(٢). أما القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التمييز وأن تقدير التمييز فيه مستعصم فبني على لبس في فهم معنى التمييز. إذ لا يقصد بتمييز الضرر محوه وإزالته من الوجود، وإلا فالضرر الأدبي لا يعنى ولا يزول بتمييز مادي. ولكن يقصد بالتمييز أن يستحدث الضرر لنفسه بدلاً عما أصابه من الضرر الأدبي. فالخسارة لا تزول، ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها. وعلى هذا المعنى يمكن تمييز الضرر الأدبي. فمن أصيب في شرفه واعتباره جاز أن يعوض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس، وإن مجرد الحكم على السئول بتمييز ضئيل ونشر هذا الحكم لكفيل برد اعتبار الضرر^(٣). ومن أصيب في عاطفته وشعوره إذا حصل على تمييز مالى فتح له المال أبواب المواساة تكفكف من شجنه. والألم الذى يصيب الجسم يسكن من أوجاعه مال يناله الضرر يرفه به عن نفسه. أما تقدير مبلغ التمييز فليس بأشد مشقة من تقدير التمييز في بعض أنواع الضرر المادى. وما على القاضى إلا أن يقدر مبلغاً يكفى عوضاً عن الضرر الأدبي، دون غلو في التقدير ولا إسراف.

(١) مانجان (Mangin) ١٠٢٣ — لا بورد (Laborde) في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٤ م ص ٢٦.

(٢) كران وكايتان ٢٠٩٨ — بلانول وريبير ٢٠٩٢ — وما يدها — بلانول وريبير وإسمان ١٠٤٦ — جوسران ٢٠٩٢ — وما يدها — سورا ١٠٤٦ — ديموج ٤٠٢ — لالو ١٤٩ — وما يدها — سافاتييه ٢٠٩٢ — وما يدها — جاردينا وريشى ٩٥ — وما يدها — مازو ٣٠٤ — وما يدها.

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نشر منطوق الحكم في الصحف يكون تمييزاً كافياً عن الضرر الأدبي الناجم عن « بروتستو » كلفى (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٧). وكذلك الحكم بالمصروفات (استئناف مخطط في ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٥١) — أو تصحيح الواقعة المكتوبة (استئناف مخطط في أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٤٤). ويخفف التمييز لإعمال الضرر في نشر تكذيب الخبر للنسب إليه وكان هذا من حقه (استئناف مخطط في ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٣).

وفي مصر استقر الفقه^(١) والقضاء^(٢) على جواز التعويض عن الضرر الأدبي . ثم أتى
التقنين للدنى الجديد فأكد هذا الحكم ، إذ نص في المادة ٢٢٢ على ما يأتي :

« ١ - يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن
ينقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٠ - مصطفى مرعي فقرة ١٢٤ - الدكتور أحمد حشمت أبو سبتين
طبعة ١٩٤٥ فقرة ٤٦٧ - الدكتور سليمان مرقس في الفصل الضار فقرة ٢٥ .

(٢) كان القضاء الوطني بائس الأمر متردداً في تعويض الضرر الأدبي ، فقضت محكمة قنا الاستثنائية
بأن الضرر لا يقوم بحال (١١ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٦ ص ١١) ، وقضت محكمة الاستئناف
الوطنية بأنه لا يستحق تعويضاً أدياً إلا من اختل نظام معيشته بسبب موت المضرور (٤ يناير سنة ١٨٩٦
الحقوق ١١ ص ٢٤٧) ، ولكنه مالبث أن استقر على جواز التعويض عن الضرر الأدبي : قضى جنائى
في ٧ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ١٦٥ - وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦
رقم ٧٥ ص ١٥٦ - وفي ٤ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٥٦ - وفي
٧ نوفمبر سنة ١٩٣٣ الجريدة القضائية عدد ١٥١ ص ٦ - استئناف وطني في ٤ بوليه سنة ١٨٩٣
الحقوق ٨ ص ١٧١ (مبلغ زهيد كتمويض رمزي : أظن في هذا المعنى أيضاً مصر الكلية الوطنية في
١٤ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة
الرسمية ١٠ ص ٨٩ (تستحق الزوجة تعويضاً عن الضرر الأدبي لحجر زوجها لها وهذا غير النفقة) .
وفي ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١١١ ص ٣٠٣ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩١٤
المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ - وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الفرائم رقم ٢ ص ١٣٢ ص ١٢٢
- وفي ٣١ مايو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٢٥ - وفي ٥ فبراير سنة ١٩٢٧
المحاماة ٧ رقم ٤٩٨ ص ٨٧٣ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤١٠ ص ٦١٥ - وفي
٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٥ ص ٦٢١ - مجلس حصى عال في ٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤
المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١٠٠ ص ١٨٧ . وميل القضاء الوطني ألا يجعل التعويض الأدبي سبباً للانزواء
أو للاستقلال .

وكذلك استقر القضاء المختلط على جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، على ألا يكون هناك مقالة في
تقدير التعويض وألا يكون التعويض وسيلة للاستقلال : استئناف مخطط في ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤
ص ٢٢٥ - وفي ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩
- وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٦ - وفي ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ -
وفي ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ - وفي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٨ رقم
٢٤٩ ص ٣١٨ - وفي ٢٣ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٨٩ - وفي ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩
ص ٢١٢ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٥٠ ص ٢١ - وفي ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١ .
ولا يجوز أن يكون التعويض عن الضرر الأدبي بمثابة عقوبة (استئناف مخطط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨
م ٥١ ص ٣٢) .

« — ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية مما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب »^(١) .
وعلى هذا المبدأ استقرت التقنيات الحديثة^(٢) .

٥٧٩ — من له حق التعويض عن الضرر المادي : كل من أصيب بضرر أدبي له الحق في المطالبة بالتعويض عنه . وقد حددنا فيما تقدم ما هو المقصود بالضرر الأدبي .

فإذا كان الضرر الأدبي هو موت شخص ، وجب التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه ، ويراد أن ينتقل حق التعويض عنه بموته إلى ورثته ، والضرر الذي أصاب أقارب الميت وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصي من جراء موته^(٣) .

أما الضرر الذي أصاب الميت نفسه ، فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته . ذلك أن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل بالميراث — كما سنرى — إلا إذا تمهد بمقتضى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٠٠ من المشروع التمهيلي على الوجه الآتي : « يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ٢٣٨ » . وفي لجنة المراجعة نقل حكم المادة ٢٣٨ إلى هذا المكان وأصبح النص في المشروع النهائي على الوجه الآتي : « ١ — يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تمهد بمقتضى اتفاق أو طوط به أمام القضاء » . ويجوز بوجه خاص أن يحكم القاضي للأقارب والأزواج والأصهار بالتعويض عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » . وأصبح رقم المادة ٢٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص — وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت اللجنة عبارة « أو طالب الماتن به أمام القضاء » بعبارة « أو طوط به » الواردة في الفقرة الأولى . ورؤى تعيد للأقارب الذين يحكم لهم بالتعويض عن الضرر الأدبي وقصره على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . وكان النص المروض لا يمنع القاضي من أن يحكم بالتعويض لغير الأقارب والأصهار والأزواج وفي هذا توسع لا تحمد عقباه ، فضلاً عن مخالفته الكبيرة لما استقرت عليه الأحكام . وأصبح رقم المادة ٢٢٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٥٦٦ — من ٥٦٨) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢٢٣ (مطابق) — الليبي م ٢٢٥ (مطابق) . العراق م ٢٠٥ (موافق) — اللبناني م ١٣٤/٢ و ٣ وم ٢٦٣ (موافق) .

(٢) أظن للمادة ٤٧ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ١٣٢٢ من القانون النمساوي والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٣٤ من القانون اللبناني والمادة ١٦٦ من القانون البولوني .

(٣) انظر في هذا التمييز : استئناف غنطل في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ من ٣٤ .

اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء . وفي حالتنا لا يتصور شيء من ذلك ، إذ الضرر الأدبي هو موت الشخص نفسه ، فلا يمكن أن يكون التعميـض عن هذا الموت قد تحدد بمقتضى اتفاق مع الميت أو طالب به هذا أمام القضاء .

بقى الضرر الذى يصيب الميت بطريق مباشر . وهنا عرض النص إلى تحديد من من هؤلاء يجوز الحكم له بالتعميـض . فذكر أنه لا يجوز الحكم بتعميـض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . ويتبين من ذلك أن الحق فى المطالبة بالتعميـض يقتصر على الزوج الحى وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية وهم أبوه وأمه وجدته لأبيه أو لأمه وأولاده وأولاد أولاده وإخوته وأخواته . ولا يعطى القاضى تعميـضاً لهؤلاء جميعاً إذا وجدوا ، بل يعطى التعميـض لمن أصابه منهم ألم حقيقى بموت المصاب . والمقصود هنا التعميـض عن الضرر الأدبى لا عن الضرر المادى ، فهذا الضرر الأخير الأخير العبرة فيه بمن له حق النفقة على الميت ومن كان الميت يعوله فعلاً كما قدمنا . فإذا كانت الأقارب لا تدخل فيمن تقدم ذكرهم ، لم يجوز الحكم لهم بتعميـض عن الضرر الأدبى مهما كانت دعواهم فيما أصابهم من ألم بموت المصاب . فلا يحكم بتعميـض عن الضرر الأدبى لأولاد الإخوة والأخوات ، ولا للأعمام والأخوال والعمات والخالات ، ولا لأولادهم من باب أولى ، ولا للخطيب والخطيبة ، ولا للأصدقاء مهما كان الميت قريباً إلى نفوسهم ^(١) .

(١) وكان القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم يحمل حلقة الأقارب أضيـق . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عدا الأب والأم ، كالإخوة والأخوات ، لا يجوز أن يحكم لهم بتعميـض عن الضرر الأدبى (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٧) ، وحتى الأب الذى يهجر ابنه ولا يفكر فيه إلا عند موته للمطالبة بتعميـض عن الضرر الأدبى ، لا يحق له هذا الطلب (استئناف مختلط فى أول يوفية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٩) . أنظر أيضاً فى هذه المسألة : استئناف مختلط فى ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ — وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤١ — وفى ٢١ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٥ — وفى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٠ — وفى ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ — وفى ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ (الالين الصغير دون الزوج أو الأب) — وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ — وفى ٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٩ (لتعميـض للإخوة لأم) وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ — محكمة مصر الكلية المختلطة فى ٢٧ يناير سنة ١٩١٩ جلزيت ٩ رقم ٧٤ ص ١١١ (الأصول والفروع دون الخواشي) .

وظاهر أن خلة القانون الجديد في الضرر الأدبي غير خطته في الإكراه والقطع الشرعى وحالة الضرورة ، حيث حصر الأقارب هنا ولم يحصرهم هناك . ويبرر ذلك الميل إلى حصر نطاق الادعاء بوقوع ضرر أدبي ، والحد من الغالة في ذلك منمّا للاستغلال .

أما إذا كان المصاب لم يمت . فتعويض ذويه عن الضرر الأدبي الذى لحقهم بإصابته يجب الأخذ فيه بحذر أكبر ، وإن كان النص لم يمرض إلا حالة الموت وترك ما دون ذلك لتقدير القاضى . ومن الصعب أن تصور تعويضاً يعطى عن الضرر الأدبي في هذه الحالة لغير الأم والأب .

٥٨٠ - متى يمكن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي : الأصل في التعويض عن الضرر الأدبي أنه شخصى مقصور على الضرر نفسه فلا ينتقل إلى غيره بالميراث أو بالتقدي أو بغير ذلك من أسباب الانتقال إلا إذا أصبحت مطالبة المضرور به محقة . وقد عرضت المادة ٢٢٢ التى تقدم ذكرها لتحديد ذلك ، فذكرت أن انتقال حق التعويض لا يتم إلا بإحدى طريقتين : (الأولى) أن يكون التعويض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور والمسئول ، فتحدد التعويض على هذا الوجه بمقتضى اتفاق بين الاثنين . (والثانية) أن يكون قد استعمل الاتفاق فلجأ للضرور إلى القضاء ومطالب المسئول بالتعويض ، أى أنه رفع الدعوى فعلا أمام المحاكم .

أما قبل الاتفاق أو للمطالبة القضائية فلا ينتقل الحق في التعويض إلى أحد^(١) . فإذا مات

== وكان المبرع التامى تنص فيه حافة الأقارب والأصهار ، فضيقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ الحلفة على النحر التى رأيت ، واستندت في ذلك إلى ما استقر عليه القضاء المصرى في عهد التقنين المدنى القديم (أظفر آخراً قرة ٥٧٨ - ومجموعة الأعمال التصيرية ٢ ص ٦٨) .

(١) [إن التعويض عن الضرر الأدبي الذى يصيب المحبى عليه نتيجة الاعتداء الذى يقع عليه لا ينتقل منه إلى الغير طبقاً للمادة ٢٢٢ من القانون المدنى إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء : قض جنانى في ١٠/٢٠/١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ٩/ رقم ١١ ص ٥١ .

كما قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأنه لا يمكن القول بأن المحبى عليه قد لحقه ضرر مادى ==

للضرورة قبل ذلك فلا ينتقل التعويض إلى ورثته ، بل يزول الحق بموته^(١) .

وكان القضاء المصري في عهد القانون القديم يجرى على مقتضى هذا الحكم^(٢) . بل إنه تشدد في آخر ذلك العهد وأصبح لا يكتفى ، إذا لم يوجد اتفاق ، بالمطالبة القضائية لانتقال حق التعويض ، بل يشترط صدور حكم نهائي يقرر مبدأ التعويض ويمين مقداره^(٣) .

== يورث عنه إلا إذا كان قد أصابه هو نفسه ضرر في حق أو مصلحة يمكن أن يترتب عليه تعويض يدخل في ذمته وينتقله عنه ورثته كأن يكون قد ألقى مالا في السراج ، أما إذا كان الضرر الذي لحقه المدعى بالحق للذنن أساساً لدعواه قد نشأ مباشرة عن موت المجني عليه فإن هذا الضرر الأدبي لا يمكن أن ينتقل إلى الورثة لعدم قيام الشرط المتصور عليه في المادة ٢٧٢ من القانون المدني : قضى جنائي في ١٩٥٦/٣/٣ بمجموعة أحكام التقض الجنائية السنة / ٧ رقم ٩٩ ص ٢٣٠] .

(١) وقد تشدد التقنين المدني الجديد في التعويض عن الضرر الأدبي من ناحيتين : ناحية من له الحق في المطالبة به وناحية تقييد انتقاله إلى الغير .

(٢) كان القضاء المصري يشترط لانتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة أن يكون المورث قد رفع الدعوى (استئناف مخطوط في ١٧ يولية سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٠٤ ص ٤٨٦ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣٧ - وفي ١٣ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٧٩) . واكتفى حكم في انتقال التعويض إلى الورثة بأن يكون المجني عليه قد قدم شكواه بأن ألقى أقواله أمام المحقق (بنى سوف في ٢ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماه ٢ رقم ١/١١٥ ص ٢٦٢) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الورثة لا ينتقل إليهم حق مورثهم في التعويض عن الضرر الأدبي إلا إذا تمحدد هذا التعويض قبل موت المورث إما باتفاق مقدم أو بحكم نهائي ، فإذا مات المورث في أثناء نظر القضية أمام محكمة الاستئناف لم ينتقل حق التعويض إلى الورثة (استئناف مخطوط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٠ - وانظر أيضاً استئناف مخطوط في ١٥ يولية ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٧) .

وإذا اعتبرنا أن القضاء المصري قد استقر في عهده الأخير على النحو الذي قدمناه ، فإن القانون الجديد يكون قد استحدث حكماً يقضي بمجواز انتقال الحق في التعويض إلى الورثة بمجرد رفع الدعوى في حياة المورث دون حاجة إلى صدور حكم نهائي . فإذا وقع الضرر الأدبي قبل تهاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، ورفعت الدعوى بعد تهاذه ، مات المورث قبل صدور حكم نهائي ، فإن حق التعويض ينتقل إلى الورثة بفضل الأثر الفوري للقانون (effet immédiat) .. وكذلك الحكم إذا رفعت الدعوى قبل تهاذ القانون الجديد ومات المورث بعد تهاذه وقبل صدور حكم نهائي . أما إذا رفعت الدعوى قبل تهاذ القانون الجديد ومات المورث قبل تهاذ هذا القانون أيضاً وقبل صدور حكم نهائي ، فإن حق التعويض لا ينتقل إلى الورثة ، لأن القانون القديم وفقاً لما فسره به القضاء ، هو الذي يسري في هذه الحالة .

المبحث الثالث

علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر^(١)
(Le lien de causalité)

٥٨١ - السببية ركن مستقل : علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسئول والضرر الذي أصاب المضرور . والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية^(٢) . وهي ركن مستقل عن ركن الخطأ . وآية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ . كما إذا أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يعتبر خطأً . وتحقق مسئوليته على أساس تحمل التبعة ، فالسببية هنا موجودة والخطأ غير موجود . وقد يوجد الخطأ ولا توجد السببية . ويسوق أحد الفقهاء^(٣) لذلك مثلاً : يذس شخص لآخر سمماً ، وقبل أن يسرى السم في جسم السموم يأتى شخص ثالث فيقتله بمسدس . فهذا خطأ هو ذس السم ، وضرره هو موت المصاب ، ولكن لا سببية بينهما إذ الموت

(*) بنى المراجع : مارتو (Martean) رسالة من إكس سنة ١٩١٤ - ديموج ٤ فقرة ٣٦٥ وما بعدها - لالو فقرة ٢٤٦ وما بعدها - سافيتيه ٢ فقرة ٤٥٦ وما بعدها - بلانول وريير ولانمان ١ فقرة ٣٨٠ وقرة ٥٣٨ وما بعدها - وديشيزو (Deschizeaux) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٤ - الدكتور سليمان مرقس رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ والفعل الضار فقرة ٤٦ وما بعدها - هنري وليون مازو ٢ فقرة ١٤١٧ وما بعدها - إسمان : مقال في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٤ ص ٣١٦ وما بعدها - مارتى (Marty) مقال في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها - اللوزالفلون فقرة ٣٣٣ وما بعدها - مصطفى مرعى فقرة ١٢٢ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبوسيت فقرة ٤٧٥ وما بعدها .

(١) [قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الملغون فيه قد أوضح أركان المسؤولية الموجبة لتعويض من خطأ هو لإخلال الطاعنين بالتعاقد ومنافستهما الملغون عليه منافسة غير مشروعة ومن ضرر عميق نتيجة لأن التسمية التي اتخذها الطاعنان لضررهما توجد لبساً في تحديد مصدر منتجات كل من الشركتين لدى المستهلكين ومن وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر فلا محل لتعني عليه بالقصور : راجع قضى مدنى فى ١٩٥٩/١١/١٢ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٦٥١ رقم ٩٨] .

(٢) مارتو (Martean) فى رسالته « السببية فى المسؤولية المدنية » إكس سنة ١٩١٤ ص ١٧ .

سببه إطلاق المدس لا دس السم . فوجد الخطأ ولم توجد السببية . ونورد مثلين آخرين يوجد فيهما الخطأ ولا توجد السببية : بعد أن يتم البيع يكشف المشتري عما عسى أن يثقل العقار الذي اشتراه من رهون . فيبين من الكشف أن العقار غير مرهون . ثم يتضح أن هذا الكشف غير صحيح وأن العقار مثقل برهن . وينزع الدائن المرتهن ملكية العقار . فهذا خطأ وهو الكشف غير الصحيح . وضرر وهو نزع ملكية العقار . ولكن السببية غير موجودة فإن الكشف غير الصحيح لم يظهر إلا بعد تمام البيع فلم يكن هو السبب في وقوع الضرر . — شخص يقود سيارة دون رخصة ، ثم يصيب أحد المارة وتكون الإصابة بخطأ يقع من هذا المصاب . فهذا خطأ وهو قيادة السيارة دون رخصة . وضرر وهو إصابة أحد المارة . ولكن الخطأ ليس هو السبب في الضرر بل هناك سبب أجنبي هو خطأ المصاب ، فوجد الخطأ دون أن توجد السببية .

٥٨٢ — اتصال السببية بالضرر : وفي الأمثلة الثلاثة المتقدمة يمكن القول إن السببية قد انفصلت عن الخطأ كما رأينا . ولكن يراعى ما أتى :

أولاً — الضرر في هذه الأمثلة له سبب آخر غير الخطأ الأول . فلو أن في المثل الأول سببه إطلاق المدس لا دس السم ، ونزع ملكية العقار في المثل الثاني سببه الرهن لا الكشف غير الصحيح . وإصابة المارة في المثل الثالث السبب فيه خطأ هو لا انعدام الرخصة . فالسببية إذا هي انفصلت عن الخطأ ، فإنها تنصل بالضرر .

ثانياً — إذا كان الخطأ الأول الذي انزل عن الضرر لا يحقق أية مسئولية ، فذلك لأن السببية متعلمة فحسب ، بل أيضاً لأن هذا الخطأ لم يتعم عنه أى ضرر . فحيث تنعدم السببية يتعدم في الوقت ذاته الضرر . ومن هذا الوجه يكون الضرر والسببية متلازمين .

ثالثاً — إذا قام السبب الأجنبي فإنه لا يمد علاقة السببية وحدها . بل هو أيضاً ينهى الالتزام القانوني الذي يقضى بعدم الإضرار بالتأثير والذي يمد الإخلال به هو الخطأ . ذلك لأن الوفاء بهذا الالتزام قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي (م ٢٧٣) . فالسبب الأجنبي

إذن لا يمدح علاقة السببية وحدها بل يعلم معها الخطأ^(١).

٥٨٣ - استعمل السببية عن الخطأ لا يظهر بوضوح إلا حيث يكون الخطأ مفترضاً : وإذا كانت السببية مستقلة عن الخطأ ، إلا أن هذا الاستقلال لا يظهر في جلاء عندما يكون الخطأ واجب الإثبات . ذلك أن الضرر عندما يكلف بإثبات الخطأ ، يلجأ في العادة إلى إثبات خطأ يكون هو السبب في إحداث الضرر . ومن ثم فإثبات الخطأ يكون في الغالب إثباتاً لعلاقة السببية . فستتر السببية وراء الخطأ ولا يتبين في وضوح أنها ركن مستقل . وإنما يتضح استقلالها في الأحوال التي تقوم فيها المسؤولية على خطأ مفترض أو خطأ مفروغ من إثباته ، كمسئولية الحارس عن الحيوان . ففي هذه الحالة الخطأ مفروغ منه ولا يكلف الضرر بإثباته . أما السببية فيمكن فيها إثبات السبب الأجنبي . ففيها إذن يتركز النضال ما بين المسئول والمصاب . ومن ثم تبرز هي ، ويدور الإثبات حولها وحدها دون الخطأ .

٥٨٤ - فطر المحم : قدما أن الخطأ يجب أن يكون هو السبب في الضرر . فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي انعدمت السببية . وتعلم السببية أيضاً حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر .

فنبعث إذن أمرين :

- (١) انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي .
- (٢) ثم انعدامها لأن السبب غير منتج أو غير مباشر .

(١) ومن هنا يصح التساؤل عن الفائدة العملية لقيام السببية ركناً مستقلاً عن الضرر وعن الخطأ . وقد رأينا في مثل أنها حيث تعلم بعدم معها الضرر ، وفي مثل آخر أنها حيث تعلم بعدم معها الخطأ . فلا تنتفي المسؤولية إذن لانعدام السببية وحدها ، بل تارة لانعدامها مع الضرر ، وطوراً لانعدامها مع الخطأ . وكان يمكن أن يقال إن الضرر أو الخطأ قد انعدم ، ومن ثم انقضت المسؤولية . ولا تبدو السببية ركناً منفرداً إلا حين الكلام في السبب المنتج والسبب المباشر .

المطلب الأول

انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي

٥٨٥ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ١٦٥ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجيء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير . كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » ^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٢ من المشروع التمهيدي مع بعض خلاف في اللفظ . وأقرته لجنة المراجعة بعد تغيير كلمة « اللصاب » بكلمة « المضرور » ، وأصبح رقم المادة ١٦٩ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني يجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول النص . وكان من رأى أحد الأعضاء أن يكون المبدأ في المسؤولية التضامنية هو افتراض الخطأ ، وتحمل النجعة ، فلا يستطيع المثل أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا تبي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي . فرد عليه بأنه لا توجد شريعة اتخذت كأساس للمسؤولية مبدأ تحمل تبعه الخطأ والخطأ المفروض فقط ، ولأنما يجب إثبات الخطأ لقيام المسؤولية كبدأ عام ، ثم ترد استثناءات على هذا المبدأ يؤخذ فيها بالخطأ المفروض . وانتهت اللجنة إلى إقرار النص تحت رقم المادة ١٦٥ . ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ٣٦١ - ص ٣٦٩) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص والنصوص التالية ما يأتي : « تستظهر المواد من ٢٣٢ إلى ٢٣٥ سلسلة متصلة الملحقات من الأحكام ، تتناول تعيين أحوال ارتفاع المسؤولية والتخفيف منها . وقد درج الفقه على التفريق بين أحوال ارتفاع المسؤولية لانعدام رابطة السببية كما هو الشأن في السبب الأجنبي ، وأحوال ارتفاعها بسبب انقضاء الخطأ كما يقع ذلك في حالة الدفاع الشرعي وحالة صدور أمر من رئيس وحالة الضرورة . ومهما يكن من شأن هذه التفرقة فن الأنسب من الناحية العملية أن نتخذ هذه الأحوال المختلفة في صعيد واحد باعتبار أن فكرة انقضاء المسؤولية تنظمها جميعاً . ووقع عبء إثبات الخطأ على المضرور . وتكون القرائن القضائية عادة سبيله إلى التماس الدليل . بل لأنه يسوغ لمن أحدث الضرر أن يثبت وجود السبب الأجنبي وينفي بذلك مسؤوليته باستبعاد كل قرينة عليها . وللمحدين من الفقهاء تحليل أدق في هذا الشأن . فن رأيهم أن المضرور إذا أطم الدليل على المسؤولية بإثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، فلن أحدث الضرر عندئذ أن يسقط الدليل على علاقة السببية هذه بإثبات السبب الأجنبي » (مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٨) .

ويقال النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٦ (مطابق) - الليبي م ١٦٨ (مطابق) - العراق م ٢١١ (مطابق) - اللبناني لا مقابل .

فالسبب الأجنبي الذى يعلم رابطة السببية هو كما يقول النص : (١) القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ (force majeure ou cas fortuit) (٢) خطأ المضرور (faute de la victime) (٣) خطأ الغير (faute d'un tiers) .^(١)

ونستعرض كلا من هذه الأسباب الثلاثة ^(٢) .

§ ١ — القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ

٥٨٦ — القوة القاهرة والحادث المفاجئ سىء واصر : قال بعض الفقهاء إنها شيئان مختلفان . ولكن هؤلاء لا يتفقون على فيصل التفرقة فيما بينهما .

فمنهم من يقول إن القوة القاهرة هي الحادث الذى يستحيل دفعه . أما الحادث المفاجئ فهو الحادث الذى لا يمكن توقعه . فتتوزع بينهما الخصيصةان اللتان ستفصلهما فيما يلى . وما استعالة الدفع وعدم إمكان التوقع . ويمكن فى نظر هؤلاء أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع . فلا يلزم اجتماع الخصيصتين .

ولا يجوز الأخذ بهذا الرأى ، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثاً لا مستحيل الدفع بحسب بل أيضاً غير ممكن التوقع ، ولأن الحادث المفاجئ يجب أن يكون حادثاً لا غير ممكن التوقع بحسب بل أيضاً مستحيل الدفع . ولا يمكن وجود إحدى هاتين

(١) يكون السبب الأجنبي عادة أحد هذه الأسباب الثلاثة . ولكن هذا البيان لم يرد على سبيل المحصر كما هو واضح من النص . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويكون هذا السبب (الأجنبي) بوجه عام حادثاً فجائياً أو قوة ظاهرة — وليس ثمة عمل للتفريق بينهما — أو خطأ وقع من المضرور أو من الغير . على أن هذا البيان غير وارد على سبيل المحصر . فقد يكون السبب الأجنبي عيلاً لاصقاً بالشيء التالف أو مريضاً عامراً بالمضرور » . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٣٧٨) .

(٢) وقد رأينا فى المسئولية التقديرية أن علاقة السببية تفتقر أيضاً لإثبات السبب الأجنبي . وكل ما سندكره فى شأن السبب الأجنبي ، من حادث فجائى أو قوة ظاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، ينطبق على كلتا المسئوليتين : المسئولية التقديرية والمسئولية القدية .

الخصيصتين لانعدام رابطة السببية^(١).

ومن الفقهاء من يسلم بوجود اجتماع الخصيصتين . ولكن يميز في خصيصة استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة ، أو نسبية فيوجد الحادث الفجائي^(٢) . وسنرى أن هذا التمييز لا يقوم على أساس صحيح ، إذ الاستحالة ، في كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي ، يجب أن تكون استحالة مطلقة .

ومن الفقهاء من يقيم التمييز على أساس آخر . فيجعل كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي حادثاً مستحيل الدفع غير ممكن التوقع ، ولكن القوة القاهرة تكون حادثاً خارجياً عن الشيء الذى تتحقق به المسؤولية كماصفة أو زلزال ، والحادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته كانهجار آلة أو انكسار عجلة . ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هى التى تمنع من تحقق المسؤولية . أما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل للدين تبعته^(٣) . وهذا الرأى لا يجوز التسليم به أيضاً إلا عند من يقولون بنظرية تحمل التبعة ، إذ يصح عند هؤلاء أن يكون الشخص مسئولاً عن الحادث الفجائي دون القوة القاهرة . ونرى من ذلك أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا يقوم على أساس صحيح . لذلك نقول جمهرة الفقهاء بعدم التمييز بينهما . وعلى هذا أيضاً إجماع القضاء^(٤) .

٥٨٧ — الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث الفجائي : ويبقى أن

(١) رادوان(Radouant) (في الحادث الفجائي والقوة القاهرة باريس سنة ١٩٢٠ م ١٧٣ وما بعدها) ولاية (المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٠ م ١١٥) يقول إن القوة القاهرة والحادث الفجائي تعبيران يكمل أحدهما الآخر ، فالتميز الأول يبرز خصيصة استحالة الدفع ، والتميز الثانى يبرز خصيصة عدم إمكان التوقع ، ولكن لا بد من اجتماع الخصيصتين معاً في الحادث حتى تتمتع السببية . ولكن هذا الرأى يجعل التمييز ما بين القوة القاهرة والحادث الفجائي معدوم الفائدة من الناحية العملية .

(٢) كولان وكايتان الطبعة الماشرة جزء ٢ فقرة ١٢٦ .

(٣) جوسران الطبعة الثالثة جزء ٢ فقرة ٤٥١ وما بعدها .

(٤) أظن فى هذا المعنى ما زو ٢ فقرة ١٥٥٩ — فقرة ١٥٦١ ومراجع الفقه والقضاء التى يشير إليها .

فصل الشروط التي يجب توافرها حتى يكون الحادث قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . ونص القانون بصف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأنهما سبب أجنبي (cause étrangère) لا يد للشخص فيه (non-imputable) . ولكن هذا الوصف في حاجة إلى التحديد . وقد رأينا فيما قدمناه أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يجب أن يكون حادثاً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع^(١) فعدم إمكان التوقع (imprévisibilité) واستحالة الدفع (irrésistibilité) هما الشرطان الواجب توافرها في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، وإذا ما توافرا كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه . أما العكس فنير صحيح . فقد يكون الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه . ومع ذلك يستطيع توقعه قبل أن يقع ، أو يستطيع دفعه بعد أن وقع .

ونستعرض الآن كلا من الشرطين ، ثم نورد بعض التطبيقات العملية .

٥٨٨ — عزم إظهار التوقع : يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي غير ممكن التوقع . فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحاله دفعه ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب ، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمر . فالعيار هنا موضوعي لا ذاتي . بل هو معيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي ، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً .

ولا يكون الحادث ممكن التوقع بمجرد أنه سبق وقوعه فيما مضى . فقد يقع حادث في الماضي ، ويبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل ، إذا كان من الندرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه .

وعدم إمكان التوقع ، في المسئولية العقدية ، يكون وقت إبرام العقد . فتي كان

(١) ويندرج في شرط استحالة الدفع أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً كما سنرى .

الحادث غير ممكن التوقع وقت التعاقد ، كان هذا كافياً حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ . أما في المسئولية التقصيرية فيكون عدم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث ذاته^(١) .

٥٨٩ — استحالة الدفع : ويجب أيضاً أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع . فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه ، لم يكن قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً . كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وأن تكون الاستحالة مطلقة ، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده ، بل استحالة بالنسبة إلى أى شخص يكون في موقف المدين^(٢) . وهذا هو الذى يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة . قد رأينا في نظرية الحوادث الطارئة أن تنفيذ الالتزام يصبح مرهقاً لا مستحيلاً .

ويستوى أن تكون استحالة التنفيذ مادية أو أن تكون معنوية . فإذا استحال على المدين معنوياً تنفيذ الالتزام ، كما لو كان مغنياً وتمهد بإحياء حفلة غنائية فأت عزيز عنده يوم الحفلة وكان لذلك في نفسه أثر بالغ يستحيل معه أن يقبل على الفناء . كان الحادث قوة القاهرة . والقاضى هو الذى يقدر ما إذا كانت هناك استحالة معنوية . وعليه أن يحتاط في تقدير ذلك^(٣)

(١) استئناف مخطوط في ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٢ — وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ — وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٥ ص ٨١ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه لا ينفخ الالتزام التفاضلى إلا إذا أصبح الوفاء به مستحيلاً استحالة مطلقة بسبب قوة القاهرة أو حادث جبرى طارئ لا قبل للمدين بدفعه أو توقعه وأن يكون ذلك بسبب أجنبي عنه . وإذا فنى كان المدين قد تمهد بتوريد مقدار معين من القدرة إلى إحدى الجهات الحكومية ، وكانت القرارات التى أصدرتها وزارة التكوين إبان التعاقد بالاستيلاء على هذه التلة ليست عامة بل تناولت كميات معينة منها وفى بعض الجهات دون بعضها ، فإنه لم يكن من المستحيل على المدين استحالة مطلقة تنفيذ تعهده ، سيما بعد ذلك أن يكون هذا التنفيذ قد أرحقه أم لم يرحقه ، خصوصاً إذا كان التعاقد قد تم في ظل قيام الأحكام العرفية مما يجعل أوامر الاستيلاء متوقعة الحصول من وقت لآخر ويتفق معه القول بقيام القوة القاهرة (نقض حتى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٩ ص ١٤٧٣) .]

(٢) استئناف مخطوط في ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ .

(٣) ملزوم ٢ فقرة ١٥٧٠ .

٥٩٠ — تطبيقات عملية : ونورد هنا بعض تطبيقات عملية لحوادث تجمع بين الشرطين المتقدمين فيصح وصفها بأنها قوة قاهرة أو حادث فجأى .

فالحرب قد تكون قوة قاهرة بما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات اقتصادية ، ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة^(١) . والذي يجب أن يستحيل توقعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها ، بل ما خلفته من أحداث واضطرابات . فإذا هاجم العدو بلداً ، ودخلها فاتحاً ، وطرد منها سكانها ، كان هذا الحادث قوة قاهرة تعفى المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار ، والوديع من التزامه بالمحافظة على الوديعة ، والمقاول من التزامات المقاولة ، وهكذا . وشرط ذلك كما قلنا أن يكون المدين لم يتوقع هذا النزو ولم يستطع دفعه . أما إذا كانت الظروف التي تحيط بالمدين تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة ولم يتخذها ، كان هذا خطأ في جانبه يحقق مسئوليته إذا تسبب عنه ضرر . وقد تكون الحرب سبباً في قلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية ، فتكون قوة قاهرة ترفع للمسئولية عن المدين في هذه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إدارى واجب التنفيذ (fait du prince) ، أو وقوع زلزال ، أو حريق ، أو غرق ، أو هبوب عاصفة ، أو حدوث مرض طارىء ، أو إضراب غير متوقع ، أو سرقة ، أو تلف ، أو نحو ذلك من الحوادث مادام شرطاً استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا^(٢) .

وقد تنطوى حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجأى ، كما إذا انفجرت

١ [وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة اللجوء ، مادامت قد أظنت قضاءها على أسباب سائقة (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ من ١٠٢٢)] .

(١) [نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٩ بمجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٣ من ١٧٧] .

(٢) ما زو ٢ قرة ١٥٧٨ — قرة ١٥٨٩ .

آلة ، أو انكسرت عجلة ، أو انزلت السيارة في أرض زلجة ، أو اعترضتها عقبة مفاجئة ، أو بهر بصر السائق نور خاطف ، وللمم أن يتوافر شرطاً استحالة التوقع واستحالة الدفع^(١) .
وذعر حيوان على أثر وقوع صاعقة ، وانسمار الكلب ، كل هذا قد يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً إذا كان غير ممكن التوقع مستحيل الدفع^(٢) .

٥٩١ — أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي : وإذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو السبب الوحيد في وقوع الضرر ، انعدمت علاقة السببية ، ولا تتحقق للمسئولية كما قدمنا^(٣) .

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام ، بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث ، فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بملء زوال الحادث .

هذا ويجوز للطرفين أن يسدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لهما أن يتفقا على أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي لا يخل

(١) مازو ٢ فقرة ١٥٩٩ — فقرة ١٦٠٥ .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٦٠٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مسؤولية الحكومة المصرية عن عدم إمداد أحد المحضرين بالحماية الكافية في أثناء قيامه بأمورية تخضع للقواعد العامة ، ومن ثم يجب إثبات خطأ في جانب الحكومة وقيام سببية مباشرة ما بين هذا الخطأ والضرر الذي أصاب المحضر . ولا يجوز أن يكون الخطأ الذي سبب الضرر مباشرة في هذه الحالة هو ما قيل من رفض رئيس البوليس المحلي إعطاء المحضر قوة كافية لحمايته عندما طلب ذلك ، ما دام لم يثبت أن الاعتداء على المحضر ، الذي كان مفاجئاً بقدر ما هو عنيف ، لم يكن في هذه الظروف من المستطاع تناديه (استئناف مختلط في ٢٩ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٨) .

(٣) [قضت محكمة النقض بأنه يكفي أن تكون عكمة للوضع قد أهدت حكمها برفض دعوى التحويل للمؤسسة على المسؤولية التقصيرية — على ما ثبت لها من أن الضرر الذي أصاب المضرور قد نشأ عن سبب أجنبي لم يكن للدمى عليه يد فيه . وليس على المحكمة بعد ذلك أن تتحرى وقوع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير : قضى مدني ١٥/٥/١٩٥٨ بمجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٤٤١ رقم ٥١] .

الدين من التزامه ، أو أن يتفقا على عدم إخلاء الدين من التزامه عند وقوع حادث معين كالإضراب أو الحرب^(١).

٢٥ — خطأ المضرور

٥٩٢ — وضع المسألة : نستبعد صورة لا محل للكلام فيها لوضوح حكمها : ألا يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ويقع الضرر بفعل المضرور نفسه . فقد خرجنا هنا عن نطاق المسئولية التقصيرية ، إذ لا يوجد أماننا مسئول . فالمضرور هو الذي ألحق بنفسه الضرر ، وكان هذا بفعله ، سواء كان هذا الفعل خطأ أو غير خطأ .

وإنما يكون الكلام في خطأ المضرور إذا وقع من المدعى عليه خطأ ثابت أو مفروض ووقع في الوقت ذاته خطأ من المضرور ، ويراد أن نعرف أثر خطأ المضرور في مسئولية المدعى عليه . ويشترط في هذه الحالة أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ وأن يكون له شأن في إحداث الضرر .

أما أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ ، فذلك لأن مجرد الفعل الذي يصدر من المضرور ولا يكون خطأ لا يصح أن يكون من شأنه أن يمحوا أو يخفف من مسئولية المدعى عليه ، وإلا لتمنر على المضرور أن يرجع بتعويض كامل عما أصابه من الضرر . فهو إذا دهسه القطار أو السيارة قد شارك بفعله في إحداث هذا الضرر : ألم يمش في الطريق فدهمته السيارة ! ألم يحاول إدراك القطار فدهسه ! وقل أن يصاب شخص بضرب دون أن يكون لفعل صدر منه دخل فيه ، وإنما يصح أن يؤثر الفعل الصادر من المضرور في مسئولية المدعى عليه إذا كان هذا الفعل خطأ . ويقاس الخطأ هنا بمياريه المعروف : انحراف المضرور في سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد . وكل ما قيل هناك في خطأ

(١) مازو ٢ فقرة ١٦١٥ — فقرة ١٦٢١ . وانظر فقرة ٦٥٤ فيما يلي .

المستول يقال هنا في خطأ المضرور^(١).

وأما أن يكون خطأ المضرور له شأن في إحداث الضرر ، فذلك لأن المدعى عليه إنما يحتاج به لأن له علاقة بالضرر الذي وقع ، فلم يكن لهذا الخطأ شأن في إحداث الضرر لما كان المدعى عليه أن يحتاج به^(٢).

فإذا تحقق أن وقع من المدعى عليه خطأ ومن المضرور خطأ آخر ، وكان لكل من الخطأين شأن في إحداث الضرر^(٣) ، وجب أن نعترف إلى أي حد يؤثر خطأ المضرور في

(١) وإذا كان المدعى عليه أن يحتاج بخطأ المضرور على النحو الذي سنبينه كان له أيضاً أن يحتاج بهذا الخطأ على ورثة المضرور . فإذا كان المضرور قد أخطأ ، وكان خلوه سبباً في وقوع الحادث الذي انتهى بموته ، كان للمدعى عليه أن يحتاج بخطأ المضرور على ورثته كما كان يستلج أن يحتاج بهذا الخطأ على المضرور نفسه لو بقي حياً . هنا إذا كان الوارث يرفع دعوى المضرور باعتباره وارثاً . أما إذا تقدم أصيلاً في دعوى المسؤولية باعتبار أنه قد أصابه ضرر مباشر من موت المصاب ، فلا يجوز للمدعى عليه في هذه الحالة أن يحتاج عليه بخطأ المصاب إلا بالقدر الذي يستلج به الاحتجاج بخطأ الغير . إذ أن المضرور الأصلي في الفرض الذي نحن بصدده هو الوارث ، والمصاب يتبر من الغير بالنسبة إليه . ولكن يلاحظ أن الوارث إذا طالب بالتعويض كاملاً ، فإن المدعى عليه من حقه أن يرجع على المصاب في تركته بقدر مسؤوليته ، ويكون الوارث مسئولاً عن ذلك في حدود نصيبه في التركة . ويلاحظ كذلك أنه يجوز الاحتجاج على الوارث بخصته هو ، كما لو كان المصاب طفلاً دهسته سيارة الوارث أبوه وقد أخطأ في القيام بواجبه من الرعاية لطفله بتركه ليل دون رقيب .

(٢) ولا نعرض هنا لما إذا كان المضرور قد استطاع إثبات أن الضرر ليس له إلا سبب واحد هو خطأ المدعى عليه أو استطاع المدعى عليه إثبات أن فعل المضرور هو وحده سبب الضرر . ففي الحالة الأولى يكون المدعى عليه مسئولاً عن تعويض الضرر تعويضاً كاملاً ، ولا دخل لفعل المضرور أو لحظته في الضرر الذي حدث . وفي الحالة الثانية يكون فعل المضرور وحده هو السبب فيما أصابه من ضرر ، ولا دخل لخطأ المدعى عليه في هذا الضرر فلا تتحقق مسؤوليته أصلاً .

(٣) ومن التطبيقات القضائية لهذا الوضع ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا لم ينف سائق الترام في المحطة ومع ذلك تساق أحد الركاب على نحو غير مسموح به دون أن يلفت إليه السائق وعلى غير انتظار ، فأصيب من جراء ذلك ، فإن السائق لا يكون مسئولاً (استئناف مختلط في ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣) . أما إذا تزل الركاب عند تهدئة السائق لسير وهو يقترب من محطة إجبارية فإنه لا يرتكب إلا خطأ يسيراً جداً يبيح خطأ السائق إذا كان هذا بعد التهدئة لم ينف ، بل عاود السير بعد أن ترك الركاب يظنون أن هذه التهدئة أمام المحطة الإجبارية سيقبها الوقوف (استئناف مختلط في أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٢) . وفي قضية أخرى هذا السائق من سيره أمام محطة إجبارية =

المسئولية التي نجمت عن خطأ المدعى عليه^(١). وهنا يجب أن نميز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر، أو بقي كل من الخطأين مستقلاً عن الخطأ الآخر فتكون منهما خطأ مشترك.

٥٩٣ - استغرق أحد الخطأين للخطأ الآخر : إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، لم يكن للخطأ المستغرق من أثر. فإذا كان خطأ المدعى عليه هو الذي استغرق خطأ المضرور. كانت مسؤولية المدعى عليه كاملة لا يخفف منها خطأ المضرور. أما إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المدعى عليه. فإن مسؤولية المدعى عليه ترتفع لانعدام رابطة السببية.

ولكنه لم يفت، وكان أحد الطلبة قد تلقى عربة، وأسرع السائق في السير، فسقط الطالب بين عجلات الترام ومات في المستشفى، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأً مشتركاً بين السائق الذي أسرع بعد أن أومئ الناس أنه سيقف في المحطة الإخبارية وبين الطالب الذي تلقى بالمركبة والزمام يسير ولو بعد تهذبة السير (استئناف مخطوط في ١٦ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ م ٥٧). ولذا تمت الإفادة بأعمال حضر في الطريق العام، غفرت خذلاً في عرض شارع رئيسي. وآتى راكب الموتوسيكل وهو يعلم بوجود الخندق ولم يقلل السرعة، كان هناك خطأ مشترك (استئناف مخطوط في ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ م ١٤٩).

انظر أيضاً : استئناف مخطوط في ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٥٧ (صاحب ما كينة طهين كان من واجبه أن يحتاط بقيمة إفريزاً يفصل ما بينه وبين الطريق العام) — وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٢٠٧ (شخص حكم عليه من عكة غير مختصة فلم يستأنف الحكم ورجع على الضامن، فتمسك الضامن بخطأ المدعى في عدم استئناف الحكم) — وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ م ٢١ (أعطى الكساري إشارة السير قبل الأوان، والطفل لم يحافظ عليه مرافقه، فالخطأ مشترك) — وفي ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ م ٢٣٨ (خطأ مشترك بين سائق السارية وأحد المارة).

انظر أيضاً في تطبيقات قضائية في فرنسا مازو ٢ فقرة ١٤٧١ — فقرة ١٤٢٤ — ٤.

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل هو أن كل فعل خاطئ نشأ عنه ضرر لغيره يوجب مسؤولية فاعله عن تعويض الضرر، وإذا كان الحكم قد أثبت وقوع خطأ من المجني عليه وقالت إنه لا يجب الخطأ الواقع من النهم، فإن معنى ذلك أنها رأت أن خطأ الطاعن يربط على خطأ المجني عليه، وإذا كانت الدعوى لم ترفع بالمطالبة بكامل التعويض عن الحادث، بل بالتعويض الذي طلبه والد المجني عليه بصفة مؤقتة وهو مبلغ ٢١ جنياً وصدر الحكم بذلك، فانه لا يكون هناك عمل لما يشره الطاعن في شأن المشاركة في الخطأ، وتأثير ذلك على مقدار ما يجعله من التعويض : قضت جنائي في ١٦/٦/١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض السنة ٤ رقم ٣٥٢ [٩٨١] .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في حالتين : الحالة الأولى إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر ، والحالة الثانية إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر .

٥٩٤ — الحالة الأولى — أمر الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر :
مهما كان أحد الخطأين يفوق في جسامته الخطأ الآخر ، فإنه لا يتصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأخف إلا في صورتين : الصورة الأولى هي صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو خطأ عمدي . والصورة الثانية هي صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو رضاء المضرور بما وقع عليه من الضرر وذلك في بعض الأحوال وهي قليلة .

ففي الصورة الأولى يكون أحد الطرفين ، المدعى عليه أو المضرور ، أراد إحداث الضرر متممداً . أما الآخر فصدر منه خطأ غير متمم . فإذا كان المدعى عليه هو الذي أراد إحداث الضرر متممداً ، كانت مسؤوليته متحققة ، ووجب عليه تعويض كامل لما أحدثه من الضرر حتى لو كان خطأ المضرور غير للتعمد له دخل في إحداث الضرر . ذلك أن تعمد المدعى عليه إحداث الضرر هو وحده الذي تقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المضرور فلم يكن إلا ظرفاً استفله المدعى عليه لإتمام قصده من إحداث الضرر . فإذا تعمد سائق السيارة أن يدهس رجلاً مكثوف البصر يسير في الطريق دون قائد ، لم يجز له أن يحتج بخطأ المضرور لتخفيف مسؤوليته . ولا يسمع منه في معرض الدفاع عن نفسه أن المضرور سار في الطريق دون قائد وهو مكثوف البصر فيكون قد أخطأ ، ذلك أن السائق تعمد دهس المضرور ولم يكن خطأ للمضرور إلا ظرفاً استفله السائق في إنفاذ نيته . أما إذا كان المضرور هو الذي تعمد إلحاق الضرر بنفسه . استغرق خطؤه خطأ المدعى عليه ، وارتفعت مسؤولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية كما قدمنا . فلو أن شخصاً أراد الانتحار . فاتهز فرصة أن سائقاً يسير بسرعة تجاوز الحد للقروض . فالتقى بنفسه أمام السيارة ، فهو وحده الجاني على نفسه . ولا يجوز أن يحتج — هو ولو نجاً أو ورمته لو مات —

بأن السائق كان يسير بسرعة فائقة وكان ذلك خطأ ، فإن تعمدته الانتعاز هو وحده الذى نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المدعى عليه فلم يكن إلا ظرفاً استغله المضرور لتنفيذ قصده (١) .

وفى الصورة الثانية يكون المضرور قد رضى بما وقع عليه من الضرر . ويجب بادىء الأمر أن نرسم الدائرة التى يعتبر المضرور فى نطاقها راضياً بالضرر . فرضاء المضرور بالضرر منزلة وسطى بين إرادته إلحاق الضرر بنفسه وبمجرد علمه بالضرر . فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريد ، كما يقع ذلك فى المباراة ، فكل من المتبارزين قد رضى أن يموت أو أن يجرح ولكنه لا يريد لنفسه هذا الضرر . وقد يعلم المضرور بالضرر ولكنه لا يرضى به ، فمن اشترك فى إحدى الألعاب الرياضية يعلم بما عسى أن ينجم من ضرر عن هذه اللعبة ولكن لا يمكن القول بأنه رضى بهذا الضرر إلا بقدر ما تنطوى عليه اللعبة فى العادة من أخطار . فقلب الكرة أو « التنس » لا ينطوى عادة على خطر ، فمن اشترك فيه يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر ولكنه لم يرض به . « والبوكس » والمصارعة تنطوى عادة على خطر ، فمن اشترك فيهما يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر وقد رضى به . وصيد البط يعلم الصائد فيه بالضرر ولكنه لم يرض به ، أما صيد الوحوش المفترسة فقد علم فيه الصائد بالضرر ورضى به . والذى يعنيننا هنا هو أن يكون المضرور قد رضى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المجنى عليه تعمد الإضرار بنفسه ، فاختار فرصة خطأ الجاني واتخذ وسيلة لتنفيذ ما تعمد من إيقاع الضرر بنفسه ، فلا يقضى له بتعويض (نقض جنائى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥) . وتذكر الحالة لو أن كلا من المدعى عليه والمضرور قد أراد إحداث الضرر . كما إذا دفع مصاب بمرض مستعص طيباً فى أن يخلصه من حياته . وعندنا أنه إذا سترقى خطأ المريض خطأ الطبيب فى هذه الحالة ، وبقي خطأ الطبيب قائماً ، ولم تنتف المسئولية عن طريق انتفاء الخطأ ، فلها تنتفى عن طريق انتفاء الضرر ، فإن الطبيب لم يحدث ضرراً بمجرد خله من حياة شقية .

على أنه إذا استقلت توبة المدعى عليه فى إحداث الضرر عن نية المضرور فى إلحاق الضرر بنفسه ، ولم يكن هناك تناوؤ بين الطرفين ، فالظاهر أن خطأ المدعى عليه المسمى « الذى يبق قائماً » ، وهو الذى يستغرق خطأ المضرور المسمى ، وتحقق مسئولية المدعى عليه كاملة .

بالضرر . فلا يرتفع إلى حد أن يريده ، ولا ينزل إلى مجرد العلم به . والقاعدة أن رضا المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ ، ولا يزال المدعى عليه خاطئاً حتى لو رضى المضرور بما وقع عليه من الضرر . فالطبيب إذا أجرى لمريض عملية جراحية خطيرة في غير ما ضرورة يكون مخطئاً حتى لو رضى المريض بإجراء هذه العملية . والمهندس إذا نفذ تصميماً معيناً يكون مخطئاً حتى لو رضى عميله بهذا التصميم . فرضا المضرور بالضرر لا يمنع إذن من أن يكون فعل المدعى عليه خطأ . ولكن هل يستغرق رضا المضرور هذا الخطأ كما استغرقه إرادة المضرور للضرر فيما سبق لنا أن بيناه ؟ واضح أن هناك فرقاً ظاهراً بين أن يريد المضرور الضرر وبين أن يرضى به . وإذا كان معقولاً في الحالة الأولى أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه . فليس من المعقول أن يكون مجرد رضا المضرور بالضرر من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه . فالأصل إذن أن رضا المضرور يترك فعل المدعى عليه كما هو . فلا يزيل عنه صفة الخطأ ولا يستغرقه . ويكون المدعى عليه مسئولاً عما أحدثه بخطئه من الضرر مسئولية كاملة . ولكن قد يكون رضا المضرور بالضرر بعد خطأ منه . ففي هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعى عليه كما هو الشأن في الخطأ المشترك . فينظر في كل حالة هل كان المضرور مخطئاً عندما رضى بالضرر^(١) . ويكون في أكثر الأحوال مخطئاً . فمن رضى أن يركب سيارة غير سليمة وهو عالم بذلك ، أو ترك سائق السيارة يسوقها وهو في حالة سكر بين ، أو دفع السائق أن يسير بسرعة فائقة ، يكون قد رضى بالضرر وبعد قضاؤه هذا خطأ من شأنه أن يخفف من مسئولية السائق . ومن رضى بإجراء عملية تجميل خطيرة بالرغم من نصيح الطبيب له بعدم إجرائها يكون قد رضى بالضرر وقضاؤه خطأ يخفف من مسئولية الطبيب . ولكن إذا رضى بإجراء العملية مع علمه بخطرها وكان رضاؤه بناء على إشارة الطبيب ،

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه « لا ينبغي أن يمتد بذلك الرضاء إلا حيث يجوز الأخلاق على الإعفاء من المسئولية . وفي حدود هذا الجواز تحسب » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٥٠) . ولكن يجب أن يضاف إلى ذلك حالة ما إذا كان رضا المضرور بالضرر يعتبر خطأً منه ، فتتبع في هذه الحالة قواعد الخطأ المشترك .

لم يكن هذا الرضاء خطأ ولم يكن من شأنه أن يخفف من مسئولية الطبيب . وكذلك الحكم إذا أقدم المهندس على تشييد بناء معيب وكان ذلك برضاء العميل ، فإن كان الرضاء قد وقع بالرغم من نصيح المهندس كان خطأ يخفف من مسئوليته ، وإن كان قد وقع بناء على إشارة المهندس لم يكن خطأ ويقت مسئولية المهندس كاملة . هذا وفي بعض الأحوال القليلة قد يصل خطأ المضرور في رضائه بالضرر حداً من الجسامة يجعل من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، فتنتفي المسئولية عن هذا لانعدام رابطة السببية . فصاحب السفينة الذي يرضى عن يينة بنقل مهربات حرية فصادر سفينته ، لا يرجع بشيء على صاحب المهربات ^(١) . والمرأة البالغة سن الرشد غير الفترة إذا اعتادت عن شهوة إلى معاشرة خليلها لا ترجع عليه بالتعويض ^(٢) . وإذا اتفق أهالي بلدين على المضاربة معاً ، ومات أحدهم في أثناء المضاربة ، فلا حق لورثته في التعويض لأنه هو الذي عرض نفسه باختياره إلى القتل ^(٣) . وهذه الأحوال

(١) استئناف مختلط في ٢٢ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٨ .

(٢) استئناف مختلط في ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦ ص ١٨٣ — وانظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢١٥ (لا تعويض لأحد في حالة تقاذف طرفي المصوم) — وبني سوف في ١٩ يونيو سنة ١٩٢٢ المجامعة ٣ رقم ١٦ ص ٣٨ (لا تعويض في حالة تضارب فريقين وإصابة أحدهم بضربة أفقت إلى موته) .

وم ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن كل مضاربة تتضمن بطبيعتها واعتدب بالقبلة إلى كل متضارب ، واقعة يكون هو فيها جانباً على غيره والأخرى يكون جنباً عليه من هذا النوع . فمن يطلب التعويض منهما تطبق على طلبه قواعد للمسئولية المدنية . ويقرر التعويض بحسب جسامه خطأ غريمه الناشئ عنه الضرر مع مراعاة مبلغ اشتراكه هو في إحداثه الضرر لنفسه أو نسيبه فيه . ثم يقضى له بالتعويض الذي يستحقه أو يرفض طلبه متى كان خصمه أيضاً قد طلب تعويضاً فوجدت المحكمة بعد البحث على الطريقة المتقدمة أن تعويض خصمه يبادل تعويضه أو وجدت أنه يبرو على تعويضه فأوقفت المقاصة بين التعويضين وقضت لخصمه بالرائد . وكل ما تجر به المحكمة من ذلك يجب بيانه في الحكم ، ولا يكفي في ذلك قول المحكمة من بادي الأمر إنه ما دام كل فريق قد اعتمد على الآخر فقد سقط حقه في طلب التعويض على كل حال لأن هذا مخالف لقواعد المسئولية (قضت جنائي في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المجامعة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥) . ونرى من ذلك أن محكمة النقض لم تقنع إلى أن المضاربة تطوى على عنصر رضاء للضرر بالضرر ، بل تعتبر كل متضارب متدياً وجباً عليه ، فتأخذ منه بقدر ما اعتدى وتعطى له بقدر ما اعتدى عليه . وإذا =

القليلة هي التي أشرنا إليها وفيها يستغرق رضاء المضرور بالضرر خطأ المدعى عليه^(١).

٥٩٥ — الحالة الثانية — أمر الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر : إذا كان خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدعى عليه ، استغرق الخطأ الثاني الخطأ الأول ، واعتبر خطأ المدعى عليه هو وحده الذي أحدث الضرر ، وتكون مسئولية المدعى عليه مسئولية كاملة . فإذا ركب شخص مع صديق له في سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً في سيره بها ، فنجم عن هذا السير السريع خطر دفع الراكب تحت تأثير الفرع إلى أن يأتي بحركة خاطئة التماساً للنجاة ، فأضر بنفسه ، كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة خطأ المدعى عليه ، فاستغرق خطأ الصديق خطأ الراكب ، وتحققت مسئولية الصديق كاملة^(٢) . وكذلك يكون الحكم إذا ارتكب المريض خطأ في علاج نفسه ، وكان ذلك بناء على إشارة خاطئة من الطبيب ، فإن خطأ الطبيب يستغرق خطأ المريض إذ الخطأ الثاني ليس إلا نتيجة للخطأ الأول ، فيكون الطبيب مسئولاً عن التمريض كاملاً . وهذا هو شأن الموكل يخطئ اتباعاً لنصيحة خاطئة من محاميه ، فيستغرق خطأ المحامي خطأ الموكل لأن الخطأ الثاني هو نتيجة الخطأ الأول .

أما إذا كان خطأ المدعى عليه هو نتيجة خطأ المضرور ، فإن خطأ المضرور هو الذي يستغرق خطأ المدعى عليه ، ولا تقف إلا عند خطأ المضرور سبباً للضرر الذي وقع ، فلا تتحقق مسئولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية . فإذا دهس سائق السيارة أحد العابرة ، أثبت أن المضرور تحول فجأة من جانب الطريق إلى الجانب الآخر دون أي احتياط وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد للاصابة . فقد أثبت أن الخطأ القروض في

= كان هذا صحيحاً في للضرورة بوجه عام ، إلا أن الاضيق على المضاربة — وهو أقرب إلى البارزة — ينطوي كما هو ظاهر على معنى رضاء المضرور بالضرر الذي قد يقع عليه .

(١) [انظر عبد النعم فرج الصدة فقرة ٤٦٦ ص ٥٠٦ وقرن أحد حشمت أبوسيت فقرة ٤٧٦ ص ٤٤٧ حيث يرى أن رضاء المضرور لا يكون في حالما مستغرقاً لخطأ المشول ، وقصارى ما هنالك أن يؤدي رضاؤه إلى خطأ مشترك لأن الخطأ يجب أن يعتبر قائماً في الجانبين] .

(٢) انظر في هذا المعنى قضى مدنى في ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩ .

جانبه — وهو الخطأ في الحراسة — ليس إلا نتيجة خطأ المضرور ، واستغرق خطأ العابر خطأ السائق ، وانعدمت علاقة السببية ما بين خطأ السائق والضرر ، فانتهت مسؤولية السائق إذ اعتبر خطأ المضرور هو وحده السبب في وقوع الضرر^(١) .

٥٩٦ — الخطأ المشترك : فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بل بقيا متميزين كل منهما اشترك في إحداث الضرر مستقلا ، كان للضرر سببان : خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور . وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune)^(٢) .

والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر ، إذ لولاه لما وقع هذا الضرر^(٣) . ولما كان كل من المدعى عليه والمضرور مسئولاً بقدر ما أحدث من ضرر ، وكان خطأ كل منهما سبباً لوقوع الضرر كله كما قلنا ، فإن المسؤولية تكون بالتساوي

(١) وقد جرى القضاء في فرنسا ، لتيسر عبء الإثبات على السائق ، على أن يسمح للسائق بإثبات أن خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، فيكون هذا الخطأ بمثابة القوة القاهرة (انظر في هذا القضاء مازو ٢ فترة ١٥٢٧ — ٢) .

(٢) التعبير غير دقيق ، فالخطأ ليس مشتركاً ارتكبه الاثنان معاً ، بل هما خطآن مستقلان أحدهما ارتكبه شخص والثاني ارتكبه الآخر (لالو فترة ٣٤٨ — مارو ٢ فترة ١٥٠٧) .

(٣) [وقد قضت محكمة النقض بأن عدم إزعاج سكان المنزل لطلب الإخلاء الموجه إليهم من مالكه لا ينفى عن هذا الأخير الخطأ الموجب لمسئوليته عن الحادث الناتج من إجراء إصلاحات بالمنزل أدت إلى تدمره ، إذ يصح في القانون أن يكون الخطأ الذي أدى إلى وقوع الحادث مشتركاً .

نقض جنائي في ١٢/١٢/١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٤٣٧ من ١٤٦٣] .

[كما قضت محكمة النقض بأنه متى كان المحكم المطعون فيه قد أثبت أن الإصابات التي لحقت بالمطعون عليها كانت نتيجة مباشرة لخطأ عامل المصد وأنه وإن كان تمت خطأ مشترك بين عامل المصد والمصابة إلا أن هذا الخطأ ليس من شأنه أن يعمو حق المصابة في التعويض وإن كان يؤثر في تقدير المبلغ الذي يقضى لها به ، فإن هذا الذي قرره المحكم لا خطأ فيه .

نقض مدني في ٢٠/٥/١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ١٣٥ من ٨٩٢ .

وانظر حكماً مانعاً من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض في ٩/٤/١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض الجنائي السنة ٦ رقم ٢٢٦ من ٧٩٥] .

بينهما ، ويكون المدعى عليه مسئولاً عن نصف الضرر ، ويتحمل المضرور النصف الآخر فلا يرجع على المدعى عليه إلا بنصف الضرر^(١) . ولو أن المدعى عليه شخصان لا شخص واحد ، وكانا هما والمضرور مسئولين بالتساوي ، فإن المضرور يرجع على أى منهما بنصيب الضرر لأنه تحمل الثلث الباقي ولأن المدعى عليهما متضامنان في الثلثين . وهكذا توزع المسؤولية على المدعى عليهم والمضرور على عدد الرؤوس (par part virile) . وفي هذا تطبيق خاص لقاعدة تعدد المسئولين . فقد نصت المادة ١٦٩ من التقنين المدني الجديد على أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم في التعويض » . ووجه أن التطبيق خاص هنا هو أنه يوجد بين المسئولين المتعديين المضرور نفسه ، فيجب أن يدخل في الحساب عند توزيع المسؤولية ، فيتحمل نصيباً منها بالتساوي مع المسئولين المتعديين^(٢) .

على أن التقنين المدني الجديد لم يترك هذه المسألة الهامة دون أن يفرد لها نصاً خاصاً . فحضى في المادة ٢١٦ بأنه « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه »^(٣) .

(١) انظر تحليلاً آخر يقرب مما قدمناه في مازو ٢ فقرة ١٥١١ . وسرى أن القضاء . يميل إلى توزيع المسؤولية بحسب جسامه الخطأ .

(٢) قضت محكمة النقض بأنه إذا كان قد نسى عقد توريد المياه على تحميل المشترك التزام مراقبة وصيانة وحفظ الواسير الفرعية ومسئولته ما ينجم عن عدم القيام بهذا الالتزام من أضرار دون أن يتضمن هذا النسيء الاتفاق على إعفاء المجلس القروى من مسؤولية الخطأ التصيرى الذى يقع منه — فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون متى أقام قضاءه بمسئولية المجلس على أن خطأ تصيرياً جسيماً وقع منه مما ساعد على تفاقم الضرر الذى أصاب منزل المشترك نتيجة تسرب المياه من الكسر الذى حدث بالماسورة الفرعية بإعمال هذا المشترك ومخالفته نسيء الاتفاق المشار اليه وبنى كان الحكم قد قسم الضرر الذى أصاب المنزل على الطرفين وبين راجلة السببية بين الخطأ التصيرى وذلك الضرر : تقضى مدنى فى ١٧/٥/١٩٥٦ بمجموعة أحكام التقضى السنة ٧ رقم ٨٤ ص ٦١٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٤ من المشروع التهيدى على الوجه الآتى : « على =

== أنه يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر ، أو زاد فيه ، أو كان قد سوأ مركز المدين . وقد أقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ٢٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب .

وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت عبارة « أو سوأ مركز المدين » ، لأنه يحسن إعمال القواعد العامة في هذه الحالة ولا سيما أن الحالة التي أغفلت تدخل ضمن إحداث الضرر أو الزيادة فيه . وأصبح رقم المادة ٢١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٤٨ — ص ٥٥١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « تعرض هذه المادة لحكم الخطأ المشترك ، وهو يسرى على المسؤولية التقاعدية والمسئولية التضامنية على حد سواء . وقد تقدمت الإحالة إلى أن القاضي لا يحكم بالتعويض متى أقام المدين الدليل على أن الضرر قد نشأ عن خطأ الدائن وحده ، وأثبت بذلك وجود السبب الأجنبي . وكما أن حق الدائن في التعويض يسقط عند افتراذه بإحداث الضرر بخطئه ، كذلك لا يكون من حقه أن يقتضى تعويضاً كاملاً إذا اشترك بخطئه في إحداث هذا الضرر أو زاد فيه أو سوأ مركز المدين . ويتوقف مقدار ما ينقص من التعويض بوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب الدائن أو المدين في إحداث الضرر . وقد جعلت المادة ٣٥٤ من القانون الألماني من هذا التزجيج عنصرين من عناصر التوجيه ، فمنعت على أنه « إذا كان لخطأ المضرور نصيب في إحداث الضرر عند وقوعه توقف قيام الالتزام بالتعويض ومدى التعويض الواجب أدائه على الظروف ، وبوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب أى من الطرفين في إحداث الضرر » . وليس بممتنع لزاء ذلك أن يرجع نصيب الدائن في إحداث الضرر رجحاناً يثير أمر البحث في قيام الالتزام بالتعويض بأسره . وهذا هو المعنى الذى قصدت المادة ٢٩٤ إلى استظهاره بنصها على أن القاضي « ألا يحكم بتعويض ما » . ويراعى أن رضاء المضرور بالضرر الحادث لا يؤخذ لزاماً عليه بوصفه خطأ يبرر انتقاس التعويض . فالتقنين الألماني لا يميل من هذا الرضاء سبباً للانتقاس (م ٢٥٤) على تقدير ما يقتضى به التقنين السويسرى (م ٤٤٤ فقرة ١) في هذا الشأن . فلا ينبغي أن يستد بذاك الرضاء إلا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية ، وفي حدود هذا الجواز غلب . وتبين فكرتنا لخطأ المشترك على ضبط حدود فكرة تقاربها هي فكرة « النتيجة الطبيعية » أو « المألوفة » لتخلف المدين . فقد ترتب على هذا التخلف نتائج يتفاوت مدى بدعائه عنه ، وبذلك يسفر الموقف عن حلقات متسلسلة من الضرر لا يدرى لى أيها ينتهى الوقوف . ومناطق الحكم في هذه الحالة هو فكرة النتيجة الطبيعية أو المألوفة . فيعتبر من قبل النتائج الطبيعية أو المألوفة التى يجب التعويض عنها كل ضرر لم يكن في وسع الدائن عقلاً أن يحول دون وقوعه . ذلك أن امتناعه عن اتخاذ الحيطة المعقولة لحصر هذا الضرر في أضيق حدوده يكون بمنزلة الخطأ ، وبعبارة أخرى يترتب على هذا الامتناع قيام خطأ مشترك يستتبع الانتقاس من التعويض ، بل وسقوط الحق فيه أحياناً . وقد طبق القانون الألماني تلك الفكرة نص في المادة ٢٥٤ على وجوب إقتاس التعويض بل وسقوط الحق فيه « إذا انحصر خطأ المضرور في عدم تنبيه المدين إلى خطر ضرر بالغ الجسامه لم يكن يعلم به ولم يكن يتحتم عليه العلم به أو في عدم دفع هذا الخطر » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٤٩ — ص ٥٥٠) .

المضرور ، طبقاً لهذا النص ، لا يتقاضى تمويضاً كاملاً ، بل يتحمل نصيبه في المسئولية .
وتبادر إلى ملاحظة أمرين في شأن النص : أولهما أنه يقول « يجوز للقاضي أن ينقص مقدار
التمويض » . ومعنى الجواز في الإقصاء احتمال ألا ينقص القاضي من التمويض شيئاً ،
ويكون ذلك في حالة ما إذا كان خطأ المضرور قد استغرقه خطأ المدعى عليه على النحو
الذي بيناه . والأمر الثاني أن النص يقول « أو لا يحكم بتمويض ما » ، ويكون ذلك في
حالة ما إذا كان خطأ المدعى عليه قد استغرقه خطأ المضرور في الصور التي أسلفنا
ذكرها^(١) .

== ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢١٧ (مطابق) — الليبي م ٢١٩ .
(مطابق) — العراقي م ٢١٠ (موافق) — اللبناني م ١٣٥ (موافق) .

هنا وقد ورد في المادة ٢١٦ أن القاضي ينقص مقدار التمويض إذا كان الفائض يخطئه قد زاد في إحداث
الضرر . ومثل ذلك شخص يجرح في حادث ، فيهل في علاج نفسه ، فيزيد في الضرر (استئناف مخطئ
في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٧ — وفي ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩) . ومثل
ذلك أيضاً حادث يصيب منزلاً فيجعله غير قابل للسكنى مدة معينة ، فيهل صاحب المنزل في إصلاحه ،
وتطول من جراء ذلك المدة التي يبقى فيها المنزل غير صالح للسكنى ، فلا يتحمل المسئول ضرر ما طال من
هذه المدة (انظر في هذا المعنى استئناف مخطئ ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨) . انظر أيضاً :
استئناف مخطئ في ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ — وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨
ص ٥٢ — وفي ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٠ — وفي ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٩ —
وفي ١٤ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ — وفي ٣٠ يونيو سنة ١٩١٧ م ٧ ص ١٦٦ —
وفي ٤٧٠ — وفي ١١ مايو سنة ١٩٢١ م ١٢ ص ٢٨ — وفي ٤٨ — وفي أول يونيو سنة ١٩٢١
م ٣٣ ص ٣٦١ — وفي ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٣ — وفي ٤١٣ — وفي ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م
٣٥ ص ١٨٥ — وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠
وفي أول مارس سنة ١٩٢٨ م ١٨ ص ٢٣٩ م ٣٠٣ — وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م
٤٢ ص ٢٥٨ .

ولكن المضرور لا يتحمل خطأ الغير في زيادة الضرر وعلى المسئول أن يرجع إلى هذا الغير . فإذا أحدث
شخص كسراً في أحد أعضاء جسم المضرور ، ووقع خطأ في جبر الكسر تسبب عنه زيادة الضرر ،
فالمضرور لا يكون مسئولاً عن هذا الخطأ وله أن يتقاضى من المسئول تمويضاً عن زيادة الضرر ، وللمسئول
أن يرجع على من وقع منه الخطأ في جبر الكسر (استئناف مخطئ في ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦
ص ٢٩٦) .

(١) ونحن نعرض في غالب مقدماتنا أن كلا من الخطأ الذي وقع من المسئول والخطأ الذي وقع من

== الضرور هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت في جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ مفترضاً في جانب أى منهما أو في جانب كليهما .

مثل الخطأ المفترض في جانب السؤل أن يرتكب صى في رعاية أبيه خطأ يلحق ضرراً بشخص آخر . فيرجع الضرور على الأب يطالبه بتوضيح الضرر على أساس خطأ مفترض في جانب الأب . فثبت الأب خطأ في جانب الضرور ، فهل له أن يحتج بهذا الخطأ ليخلص من المسؤولية كلها أو بعضها ؟ يستطيع الأب بادى الأمر أن يثبت أنه لم يخطئ في رعاية ولده ، فينتفى بذلك الخطأ المفترض في جانبه ، ويخلص من المسؤولية بتاتاً . ولكن إذا عجز الأب عن نفى الخطأ في جانبه ، فهل له أن يحتج بما أثبتته من خطأ الضرور ؟ ما دام قد ثبت خطأ في جانب الضرور فالضرر على أقل تقدير له سببان لاسبب واحد : خطأ الضرور الثابت وخطأ الأب المفترض . تحيط قواعد الخطأ المشترك ، وتقسّم المسؤولية بين الضرور والأب . ويستطيع الأب أن يخلص من المسؤولية كلها إذا هو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجب الرعاية بما ينبغي من العناية (انظر المادة ١٧٣ فقرة ٣ من القانون المدنى الجديد) . وقد يكون الخطأ المفترض في جانب السؤل لا يقبل لإثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة يدمس عابراً في الطريق ويثبت خطأ في جانب الضرور . هنا أيضاً خطأ مشترك ، خطأ العابر الثابت وخطأ السائق المفترض ، فتقسم المسؤولية بين السائق والعابر . ويستطيع السائق أن يخلص من المسؤولية كلها إذا هو أثبت أن الخطأ في الحراسة ، وهو الخطأ المفترض في جانبه ، لا دخل له في إحداث الضرر ، وأن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجب في الحراسة كما ينبغي . ومن ذلك أن يثبت أن خطأ الضرور كان لا يمكن توقفه ولا استطاع دفعه فيكون بمثابة القوة القاهرة ، وقد مر بيان ذلك . والمهم في الصورة التي نحن بصددنا أن السائق لا يستطيع التخلص من المسؤولية بنفى الخطأ المفترض في جانبه ، لأن الخطأ هنا لا يقبل لإثبات العكس ، وهذا بخلاف الصورة الأولى حيث يستطيع الأب أن ينفي الخطأ المفترض في جانبه كما قلنا .

ومثل الخطأ المفترض في جانب الضرور أن سائق السيارة ، وهو يريد أن يتفادى دمس عابر كان يسير في الطريق دون احتياط . يتعرف عن المادة ويستعلم بحاطط فصاب بضرر . فالسائق في هذا اللول هو الضرور . فهل يستطيع العابر الذى كان يسير في الطريق دون احتياط تثبت الخطأ في جانبه أن يحتج بخطأ مفترض في جانب السائق؟ لا يجوز ذلك إطلاقاً ، لأن الخطأ المفترض في جانب السائق إنما فرض لمصلحة من يصيبه السائق بالضرر ، فهو خطأ مفترض في مصلحة الضرور . والضرور هنا هو السائق كما قلنا ، فلا يقوم الخطأ المفترض ضد مصلحة . وينفى على ذلك أن السؤل ، وهو عابر الطريق ، لا يستطيع أن يحتج على السائق بخطأ مفترض ، ويبقى خطأ هو — وهو السير في الطريق دون احتياط — السبب الوحيد في إحداث الضرر ، وتكون مسئولية عن هذا الضرر كاملة .

ومثل الخطأ المفترض في جانب كل من السؤل والضرور أن تصطدم سيارتان ولا يستطيع أحد من السائقين أن يثبت خطأ في جانب السائق الآخر : فإذا أصيبت إحدى السيارتين دون الأخرى بالضرر ، فإن سائق السيارة غير المصابة يكون مسئولاً عن هذا الضرر كاملاً ولا يستطيع أن يحتج بخطأ مفترض في جانب سائق السيارة المصابة كما رأينا فيما تقدم . أما إذا أصيبت السيارتان معاً بالضرر ، فإن كلا من السائقين يوزن السائق الآخر متوضياً كاملاً ما أصاب سيارته من الضرر ، ولا يستطيع أن يحتج عليه بخطأ مفترض في جانبه . ولا يجوز القول إن الخطأ المفترض في جانب السائق يتهازم مع الخطأ المفترض في جانب السائق الآخر ، فيتخلص كل منهما من المسؤولية بتاتاً ، فإن هذا معناه أن الخطأ يفترض ضد مصلحة الضرور ، وهذا غير مستساغ كما بينا . (انظر في هذا الموضوع ما زو ٢ فقرة ١٥٦٥ - فقرة ١٥٣٧) .

بقى أن كلا من النصين — المادة ١٦٩ والمادة ٢١٦ — يدع مجالاً للقاضي أن يوزع التعويض على المسؤولين المتعددين ، ومن بينهم المضرور نفسه ، لا على عدد الرؤوس أى بالتساوى فيما بينهم ، بل على أساس آخر . والظاهر أن هذا الأساس الآخر هو جسامه الخطأ الذى صدر من كل من المتساوين ^(١) . وفى هذا يتماشى القانون المدنى الجديد مع القضاء المصرى ^(٢) ،

(١) [قضت محكمة النقض بأن اشتراك الجنبى عليه فى الخطأ المسبب للحادث مما يوجب توزيع المسؤولية المدنية على قدر الخطأ .

نقض جنائى فى ١٩٥٥/٤/٩ بمجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٢٤٦ ص ٧٩٥] .

(٢) وقد وضعت محكمة النقض المبدأ الذى يسير عليه القضاء المصرى فى هذا الصدد فيما قضته به من أنه إذا كان المضرور قد أخطأ أيضاً ، وسام هو الآخر بخطئه فى الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك يجب أن يراعى فى تقدير مبلغ التعويض المستحق له فلا يحكم له على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير ، لأن كون الضرر الذى لحق المضرور ناشئاً عن خطأين ، خطئه هو وخطأ غيره ، ذلك يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما ، وبناء على عملية تشبه المقاصة لا يكون الغير ملزماً إلا بمقدار التعويض المستحق عن كل ضرر منقوصاً منه ما يجب أن يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذى وقع منه (نقض جنائى فى ٢ أبريل ١٩٤٥ الملمامة ٢٧ رقم ٢٠٠ ص ٤٨٦) .

وقضت هذه المحكمة أيضاً قبل ذلك بأن المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) قد نصت على إلزام كل من يقع منه فعل ضار بالغير بتعويض الضرر الذى ترتب على فعله ، فإذا كان المضرور قد أخطأ هو الآخر وسام فى الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك ، وإن كان يجب أن يراعى عند تقدير التعويض الذى يطالب به المضرور ، لا يصلح أن يكون سبباً لرفع المسؤولية المدنية عن اشتراكه فى حصول الضرر . وإن كان ذلك كان الحكم قد قضى برفض الدعوى المدنية بناء على ما قاله من « تكافؤ البيئات » ، وكان الاستفادة من البيانات التى أوردها أنه إنما قصد أن الجنبى عليهم وقع من جانبيه ثم أيضاً خطأ فى حق أنفسهم ، ولم يقصد أن الخطأ تسبب عنه أى ضرر بالدعوى عليه ، فإن هذا يكون متضاداً أن يحكم للجنبى عليهم بالتعويض مع مراعاة درجة خطئهم من الجسامة (نقض جنائى فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ الملمامة ٢٣ رقم ٢٠٨ ص ٥١٧) .

وقضت الدائرة المدنية من محكمة النقض على ذلك فقالت إنه وإن كانما يراه قاضى الموضوع من إثبات مساهمة المضرور فى الفعل الضار لتوزيع المسؤولية بينه هو ومن اشترك معه فى إحداث الضرر متعلقاً بفهم الواقع فى الدعوى ولا رقابة عليه لمحكمة النقض ، فإن وصف الأفعال التى وقعت من المضرور فى الحادث الضار وأسس عليها اشتراكه فيه هو من التكليف الذى تراه هذه المحكمة ، وإذا كان مجرد ركوب شخص مع صديق له فى سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً فى سيرة بها هو مما لا يعتبر فى بعض الصور اشتراكاً فى الخطأ الذى وقع فيه قائد السيارة ، وإذا كان مجرد قيام هذا الراكب تحت تأثير الفرع بجمرة ما التماسا نتيجة تأخر نفسه لا يعتبر كذلك اشتراكاً فى خطأ القائد ، فإنه لا شك فى أن مساهمة هذا الراكب فى الاتفاق مع قائد السيارة على إجراء سباق بها مما يجعله متعلّقاً بالتنسيقين ومشاركاً معهم فى خطئهم ومسئولاً عما يحدث من جراء ذلك . وأصل أن الضرر للترتب على فعل مضمون ومهدد بسقط فيه =

ما يقابل المهر، ويتر ما يقابل المضمون، فيبقى إذن أن يستحل من التعويض ما يقابل الفعل الذى سأل به المضرور فى الضرر، ويتر الفعل الذى وقم من الغير (قض مدنى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك أن توزيع المسؤولية فيما بين المدينين المتضادين يكون بحسب جامة الخطأ الذى صدر من كل منهم (استئناف مختلط فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٧٢ — وانظر أيضا : استئناف مختلط فى ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٣) .

وأحكام القضاء المصرى من وطني ومختلط كثيرة فى هذا الموضوع - انظر : استئناف وطني فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٥ ص ٦٥ صدمة تحيت من إهمال فى قيادة عربية وثبت أنه كان فى إمكان الجنى عليه منع الحادثة لو لم يكن تحت تأثير الحشيش) — استئناف وطني فى ٧ يناير سنة ١٩١٤ الصادر ١ رقم ٣٣٤ ص ١٨٦ (طفلة عمرها ثلاث سنوات دهسها القطار بـ جب ترك السور الذى يحول بين منزل والدتها وقضبان السكك الحديدية بدون ملاحظة فأزال العمال بعض الأمددة لتقصير الطريق إلى منازلهم : خطأ مشترك من مصلحة السكك الحديدية وواشى الطفلة لتركها وحدها خارج المنزل) — استئناف مصر الوطنية فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٥ ص ٣١٥ — وفى ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٩٢ ص ٨٠٦ (إهمال السائق والجنى عليه) . وقد يذهب القضاء إلى رفض طلب التعويض إذا كان خطأ المضرور فاحشاً إلى حد أن يجعل هذا الخطأ يستغرق خطأ المسئول : استئناف وطني فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٤٨ ص ١٠٧ (شخص أصابه ضرر من مصادمة وقتت بإهمال مصلحة السكك الحديدية ، فرفض طلب التعويض لأنه كان موجوداً خارج باب المرربة فى أثناء سير القطار) — استئناف وطني فى أول ديسمبر سنة ١٩١٥ الصادر ٣ رقم ٥٢ ص ٢٣٣ (يمر الأهالى من غير الترلفان الذى أعدته المصلحة للجمهور فدمم أحدهم القطار فقتله ، فاستغرق خطأ المضرور خطأ المسئول ورفض طلب التعويض) — استئناف مختلط فى ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨ (تلميذ صغير عمره ٩ سنوات : لا خطأ على والده أن يتركه يذهب إلى المدرسة بمفرده) — استئناف مختلط فى ٥ مارس ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦ (مثل القضية السابقة) — استئناف مختلط فى ٩ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٢ (خطأ مشترك لأن واد بنت صغيرة تركها فى الشارع الزدحم بالحركة دون رقيب) . استئناف مختلط فى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٠٤ (التعويض الذى يعطى لغريب الميت فى حالة الخطأ المشترك يكون هو أيضاً مخففاً كما لو كان الميت هو الذى يطالب شخصياً بالتعويض) . أمثلة أخرى من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة : استئناف مختلط فى ٢ فبراير سنة ١٨٨٧ بوربلى م ٢١٣ رقم ١٥ — وفى ١٣ يونيو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ٢٥٥ — وفى ١٢ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٢١ — وفى ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥ — وفى أول يونيو سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٢٣ ص ٣٠٦ — وفى ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢١ — وفى ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٠ — وفى ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — وفى ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٣ — وفى ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ — وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٥ — وفى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٢ [قض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام التقض ٧ رقم ٨٤ ص ٦١٦ (تسرب المياه من كسر الواسير بخطأ مشترك من المجلس القروى والمشارك) — قض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام التقض ٥ رقم ١٣٥ ص ٨٩٢ (خطأ عامل المصعد والمصابة) ب]

والقضاء الفرنسي^(١) . ونصوص التقنيات الحديثة^(٢) . ولا يلجأ القاضي إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامه كل خطأ . فنندئذ يفرض التكافؤ جميعاً . ويجرى التوزيع بالتساوى على المسؤولين ومنهم المضرور نفسه^(٣) .

هذا ويمكن تطبيق القاعدة المتقدمة في حالة ما إذا كان كل من الطرفين مسئولاً ومضروراً في الوقت ذاته ، كما إذا تصادمت سيارتان ، فأصاب السيارة الأولى ضرر قدر بمبلغ خمسين جنياً ، وأصاب السيارة الثانية ضرر قدر بمبلغ عشرين جنياً . وثبت الخطأ في جانب كل من السائقين . أما الضرر الذي أصاب السيارة الأولى وقدره خمسون جنياً فيقسم بين السائقين بحسب جسامه الخطأ . فإذا فرض أن القاضي لم يستطع أن يبين أنه

= وهناك أحكام قليلة لحكمة الاستئناف المختلطة توزع التعويض بعدد الرؤوس لا بحسب جسامه الخطأ : استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ ، م ٣٤ ص ٥٧ .

هنا ولا يكون هناك خطأ مشترك إذا كان ثمة خطأ ن متيزان كل منهما أحدث أثرأ مستقلاً عن الآخر . فإذا سلم قلم الكتاب شهادة خاطئة ترتب عليها إدراج دائن في المرتبة الأولى خطأ ، فلا يجوز لقلم الكتاب أن يمتنع على هذا الدائن بأنه هو أيضاً أخطأ في أنه جعل قيده يمتد إلى أموال غير مملوكة لمدينه ما دام مال المدائن الأخوذ عليه القيد يكفي لوفاء الدين في المرتبة التي أدرج فيها الدائن خطأ (استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٨٣) . وكذلك إذا كان خطأ المضرور ليس سبباً مباشراً في إحداث الضرر ، كما إذا علقت عجلات عربة بمسربط الترام عن خطأ من السائق ، وبينما هو يبالغ تخليص العربة مدة ربع ساعة إذا برام أنى مسرعاً سرعة غير عادية فقتل السائق ، فإن سائق الترام وحده هو المسئول لا سائق العربة (استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٥) .

(١) انظر في تحليل القضاء الفرنسي مازو ٢ فقرة ١٥١٢ .

(٢) التقنين الألماني م ٢٥٤ - التقنين البولوني م ١٥٨ فقرة ٢ - المشروع الفرنسي الإطالي م ٧٨ .

(٣) وفي هذا ، كما جاء في مازو ٢ بقية ظاهرة من ميل القضاء إلى قياس التعويض على أساس جسامه الخطأ ، مما يلبس الخطأ للمدين لبساً ذاتياً يقر به من الخطأ الجنائي (انظر في قض هذا مازو ٢ فقرة ١٥١٢) على أن هنا هو الحل العلي العادل ، وهو إذا تصارض مع التلق المخص ، فإنه يبق مع ذلك حلاً إنسانياً يصيب الانحراف عنه . وهو ما يقوله حتى نفس الأستاذ مازو (أنظر مازو ٢ فقرة ١٩٧٣ م ٨٢١) . ومع ذلك فإن المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد تجعل الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسؤولين بالتساوى على عدد الرؤوس ، وسيأتي بيان ذلك (انظر فقرة ٥٩٩ في المامش) .

الجسامة قسم بالتساوى ، فيكون السائق الثانى مسئولاً قبل السائق الأول بمبلغ خمسة وعشرين جنياً . وأما الضرر الذى أصاب السيارة الثانية وقدره عشرون جنياً فإنه يقسم أيضاً بالتساوى بين السائقين ، فيكون السائق الأول مسئولاً قبل السائق الثانى بمبلغ عشرة جنيهات . وبعد أن تجرى المقاصة يدفع السائق الثانى إلى السائق الأول فى النهاية خمسة عشر جنياً^(١) .

§ ٣ - خطأ الغير

٥٩٧ - وضع المسألة : نسقبد هنا أيضاً ، كما فعلنا عند بحث خطأ المضرور ، حالة ما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ووقع الضرر بفعل الغير وحده . فإن فعل الغير إذا كان هو السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، فإن كان خطأً كان الغير وحده هو المسئول ، وإن لم يكن خطأً كان من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائى فلا يكون أحد مسئولاً .

أما إذا وقع خطأ من المدعى عليه ، واشترك فى إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير ، كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير فى مسئولية المدعى عليه . ويشترط هنا أيضاً كما اشترط فى فعل المضرور أن يكون فعل الغير خطأً له شأن فى إحداث الضرر .

(١) ويتبين من ذلك أن كلامنا من السائقين يتحمل فى النهاية نصف مجموع الضررين (٥٠ + ٢٠ = ٣٠) . فالسائق الأول أصيب بضرر قدره عشرون جنياً ، تقاضى منه خمسة عشر جنياً ، فيتحمل فى النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنياً . والسائق الثانى أصيب بضرر قدره عشرون جنياً ، ثم دفع للسائق الأول خمسة عشر جنياً ، فيكون قد تحمل فى النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنياً هو أيضاً .

هذا ويختلف حل المسألة ذاتها لو أن الخطأ كان مفروضاً فى جانب كل من السائقين . فقد قدما أن كلامنا من السائقين فى هذه الحالة يعرض السائق الآخر عن الضرر الذى أصابه تمويشاً كاملاً . فيكون السائق الأول مسئولاً لإزاء السائق الثانى بمبلغ عشرين جنياً ، ويكون السائق الثانى مسئولاً لإزاء السائق الأول بمبلغ عشرين جنياً ، تقع المقاصة . ويبقى السائق الثانى مسئولاً لإزاء السائق الأول بمبلغ ثلاثين جنياً . وكان فى الصورة الأخرى مسئولاً بمبلغ خمسة عشر جنياً فقط .

فإذا لم يكن فعل الغير خطأ فليس له أثر في مسئولية المدعى عليه ، وكان هذا وحده هو المسئول ، وكانت مسئوليته كاملة ، فلا بد إذن أن يكون فعل الغير خطأ . ويقاس الخطأ بمعياره المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد . ولا بد كذلك أن يكون خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر ، وإلا لما جاز للمدعى عليه أن يحتاج به إذ لا علاقة له بالضرر^(١) .

ويجب ألا يكون الغير الذي ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يعتبر المدعى عليه مسئولاً عنهم . فلو كان هذا الغير ولداً للمدعى عليه أو تلميذاً أو تابعاً ، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في مسئولية المدعى عليه نحو الضرر^(٢) .

وليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً ، فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث وقد هرب دون أن يعرف ، ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً في مسئولية المدعى عليه^(٣) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا انتزع المالك مقولات المسافر وبضائمه بعد أن أخذ مشورة أحد المحامين وطبقاً لهذه المشورة ، فانقضت نية التش وهي ضرورة لوجود الجريمة ، فمن ناحية المسئولية المدنية ، حيث لا يجوز الجهل بالقانون جائناً ، وحيث تقوم المسئولية على مجرد الخطأ ، لا يكون لمشورة المحامي أى أثر (استئناف مختلط في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٧) .
فيلاحظ أن المحكمة في هذه القضية لم تجعل لخطأ الغير (وهو هنا المحامي) أثراً في مسئولية المالك . وهذا بخلاف ما إذا كان الضرر من خطأ المحامي قد وقع على المالك مباشرة ، فقد رأينا أن الخطأ يكون مشتركاً في هذه الحالة . ولعل المحكمة اعتبرت في القضية التي نحن بصددتها أن خطأ المالك ، وهو يعمل تحت مسئولية في تصرفه نحو الغير ، قد استغرق خطأ المحامي .

(٢) وينبغي على ذلك أن خطأ الولد أو التلميذ أو التابع لا يجوز أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، بل يبقى هذا دائماً هو المسئول نحو الضرر ، ويدفع له التعويض كاملاً . ولكن هذا لا يمنع من رجوع المدعى عليه ببعض هذا التعويض أو كله على الغير التي ارتكب الخطأ ولو كان هو مسئولاً عن هذا الغير نحو الضرر .

أما إذا لم يكن المدعى عليه مسئولاً عن الغير ، فالخطأ الذي يصدر من هذا الأخير يكون من شأنه أن يؤثر في مسئولية ، بل يجوز أن يستغرق خطؤه ، حتى لو قامت علاقة بين المدعى عليه والغير . فإذا ترك صاحب السيارة سيارته لأحد من أهله أو من أصدقائه ، وهو ليس مسئولاً عنه ، وارتكب القريب أو الصديق خطأ ، عد خطأ صادراً من الغير ، وجاز أن يستغرق خطأ المدعى عليه .

(٣) فيجوز أن يستغرق خطأ هذا الغير المجهول خطأ المدعى عليه .

٥٩٨ - أثر خطأ الغير في خطأ المدعى عليه - استغرق أحد الخطأين للأثر :-
إذا كان لكل من خطأ المدعى عليه وخطأ الغير شأن في إحداث الضرر ، وكان أحد
الخطأين يستغرق الخطأ الآخر ، اعتبر الخطأ المستغرق هو وحده السبب في إحداث الضرر .
فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير ، كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسئولية
كاملة ، ولا أثر لخطأ الغير في هذه المسئولية . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى
عليه ، فالغير وحده هو المسئول مسئولية كاملة ، ولا أثر لخطأ المدعى عليه في هذه
المسئولية .

ويستغرق أحد الخطأين الآخر - كما بينا في صدد الكلام في خطأ المضرور -
إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذى دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر . ولا يرد هنا
ما رأيناه في خطأ المضرور من أن رضاه قد يستغرق خطأ المدعى عليه ، فإنه إذا أمكن أن
يتصور استغراق رضاه المضرور لخطأ المدعى عليه ، فلا يتصور أن خطأ المدعى عليه
يستغرقه رضاه الغير .

٥٩٩ - تعدد المسئولين : فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر بقيا قائمين ،
واعتبر أن كلا منهما سبب في إحداث الضرر . وهذه هي حالة تعدد المسئولين ، فقد
اشترك مع المدعى عليه شخص آخر في إحداث الضرر ، فأصبح المسئول أكثر من
شخص واحد .

وقد نصت المادة ١٦٩ من التقنين المدني الجديد ، السابق ذكرها ، على هذه الحالة .
قضت بما يأتى :

« إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ،
وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم
في التعويض »^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : =

ويلاحظ أن النص قرر التضامن فيما بين المسئولين ، فيجوز إذن للمضروب أن يرجع

== ١٥ — إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . ٢ — ويرجع من دفع التعويض بأ كلة على كل من الباقي نصيب يحدهه القاضي حسب الأحوال وعلى قدر جملة الخطأ الذي وقع من كل منهم ، فإن احتمال تحديد قسط كل منهم في المسئولية تكون القسمة سوية بينهم .
وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد إدخال تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٧٣ في المشروع النهائي .
ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول جعل التضامن فيما بين المسئولين إجبارياً بحكم القانون أو اختيارياً بحكم القاضي ، وحول الأساس الذي تقوم عليه قسمة التعويض فيما بين المسئولين . وانتهى رأى اللجنة إلى أنها حذفت الفقرة الثانية من النص ، وأضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض » . وقد روعي في هذه الإضافة أن يكون الأصل هو المساواة في المسئولية بين من وقع منهم الفعل الضار ، إلا أن للقاضي أن يعدل في نصيب كل منهم في التعويض حسب تقديره للظروف . وأصبح رقم المادة ١٦٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٨٢ — ص ٣٨٩) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « لا يقتصر هذا النص على تقرير التضامن بين من يشتركون في إحداث ضرر معين عند رجوع المضروب عليهم ، وهو ما ما يقتضى به التقنين المصرى الحالي في المادة ٢١١/١٥٠ ، بل يناول فوق ذلك تعيين كيفية رجوع المسئولين فيما بينهم إذا قام أحدهم بأداء التعويض بأ كلة . فقياً يتعلق برجوع المضروب على المسئولين عن الفعل الضار يكون هؤلاء متضامنين دون حاجة للتفريق بين الحرض والفاعل الأصلي والمشارك ، على نحو ما فصلت تقنين الالتزامات السويسرى في المادة ٥٠ (انظر أيضاً المادتين ٩٩/١٠٨ من التقنين التونسى والمراكمى والمادة ١٣٠١ من التقنين النمساوى) . ويلاحظ أن هذه المادة قسمها نص أيضاً على أن يخفى الشيء السروق لا يلتزم بالتعويض إلا إذا أصاب نصيباً من الربح أو أحدث ضرراً بمعاوئته . ويؤدى هذا إلى التفريق بين حالتين : (الأولى) حالة وقوع الفعل الضار من أشخاص متعددين دون أن يكون في الوسم تعيين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم ، أو تحديد نسبة مساهمة كل منهم في إحداثه ، وفي هذه الحالة لا يكون ثمة مدعى عن تقرير التضامن بينهم جميعاً (انظر المادتين ١٠٩/١٠٠ من التقنين التونسى والمراكمى والمادة ٨٣٠ من التقنين الألماني) . (الثانية) حالة إمكان تعيين محدث الضرر من بين من وقع منهم الفعل الضار رغم تعدد ومكان تحديد نصيب كل منهم في إحداثه ، وفي هذه الحالة لا يسأل كل منهم إلا عن الضرر الحادث بمحضه ، ولا يسألون البتة على وجه التضامن (انظر المادة ١٣٦ من التقنين البولونى والمادة ١٣٠٢ من التقنين النمساوى) وهذا هو حكم حالة الإخفاء التي تقدمت الإشارة إليها في التقنين السويسرى . أما فيما يتعلق برجوع المسئولين فيما بينهم عند التضامن . فيحدد القاضي ما يؤديه كل منهم معتمداً في ذلك بمسامة الخطأ الذي وقع منه ونصيب هذا الخطأ في إحداث الضرر وكل ظرف آخر من شأنه أن يكشف عن مدى مساهمة المسئول في الضرر الحادث من هؤلاء المسئولين جميعاً . فإذا استحال تحديد قسط كل منهم في المسئولية ، فتكون القسمة سوية بينهم ، إذ للفروض أن الدليل لم يتم على تساوت تبعاتهم .
وقد واجه تقنين الالتزامات السويسرى حالة تعدد المسئولين عن ذات الضرر مع اختلاف أسباب المسئولية ==

على أى من المدعى عليه أو الغير بالتعويض كاملاً^(١). ثم يتقاسم المسئولان الغرم فيما بينهما.

== كأن يبأل البعض على أساس العمل غير المشروع ، والبعض على أساس التعاقد ، والبعض بمقتضى نص فى القانون . وقد قضى هذا التقنين بإلزام كل منهم فى هذه الصورة بأداء عين الدين إلزاماً مبتدأ ، وقرر فى المادة ٥١ فيما يتعلق بملاقه بعضهم البعض الآخر أن تمة الضرر تقع أولاً على عاتق من أحدثه من بين المسئولين ببدل غير مشروع ، وتقع أخيراً على عاتق من يبأل عنه بمقتضى نص فى القانون دون أن يكون مسئولاً بناء على خطأ وقع منه أو بناء على التزام تعاقدى ، وغنى عن البيان أن هذا الحكم لا ييسر الأخذ به إلا بمقتضى نص خاص . (مجموعة الأعمال التوضيحية ص ٢٣٨٣ - ص ٢٣٨٤) .

ويقابل النص فى التقنيات المدنية العربية : السورى م ١٧٠ (مطابق) - الليبى م ١٧٢ (مطابق) - العراق م ٢١٧ (موافق) - اللبناني م ١٣٧ (موافق) .

(١) ونحن نقرض هنا ، كما فرضنا عند بحث خطأ المضرور ، أن كلامنا من الخطأ الذى وقع من المسئول والخطأ الذى وقع من الغير هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت فى جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ مفترساً فى جانب أى منهما أو فى جانب كليهما . مثل الخطأ المفترض فى جانب المسئول أب مسئول عن خطأ صدر من أبنه و ثبت فى الوقت ذاته خطأ فى جانب الغير كان هو أيضاً السبب فى إحداث الضرر الذى جعل الأب مسئولاً عنه فيجوز للأب - كما قدمنا فى صدد خطأ المضرور - أن يثبت أنه لم يخطئ فى رعاية ولده ، فينبى الخطأ المفترض فى جانبه ، ويخلص من المسئولية بتاتاً . فإذا عجز عن ذلك بقى الخطأ مفترساً فى جانبه ، وهناك خطأ آخر ثابت فى جانب الغير ، فيكون الأب والغير مسئولين بالتضامن نحو المضرور تطبيقاً للمادة ١٦٩ المتقدمة الذكر . وإذا دفع الأب التعويض كاملاً للمضرور ، رجع به كله على الغير الذى ثبت الخطأ فى جانبه ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالخطأ المفترض فى جانب الأب ، لأن هذا الافتراض لم يمه القانون إلا لصالح المضرور وحده . وإذا استطاع الأب أن يثبت أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد فى إحداث الضرر - بأن يثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجب الرعاية كما ينبغي - تخلص من المسئولية بتاتاً حتى نحو المضرور ، ولا يستطيع هذا أن يرجع إلا على الغير الذى ثبت خطأه ، ويرجع عليه بالتعويض كاملاً ولا يرجع الغير بشئ على الأب . وقد يكون الخطأ المفترض فى جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة دمس أحد العابرة ، وأثبت خطأ شخص اعترض طريقه فجاءه فاضطره إلى الانحراف عن الطريق فدمس العابر . هنا لا يستطيع السائق ، كما استطاع الأب فى المثال السابق ، أن يبنى الخطأ عن جانبه لأنه مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . بقى أنه أثبت خطأ الغير . بالنسبة إلى المضرور يكون كل من السائق والغير مسئولاً بالتضامن ، ويستطيع المضرور أن يرجع على أى منهما بالتعويض كاملاً . فإذا رجع على السائق رجع هذا على الغير الذى ثبت خطأه بكل مادفه ، ولا يستطيع التبرأ بمحض بالخطأ المفترض فى جانب السائق لأن هذا الافتراض لم يمه القانون إلا لصالح المضرور وحده أما إذا رجع المضرور على الغير فلا يرجع هذا على السائق بشئ . لأنه لم يثبت فى جانبه خطأ ولا يجدى الخطأ المفترض فى جانبه كما قدمنا . ويستطيع السائق أن يخلص من المسئولية بتاتاً نحو المضرور إذا هو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً حتى ولو قام بواجبه فى الحراسة كما ينبغي ، لأنه يثبت بذلك أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، وفى هذه الحالة لا يرجع المضرور إلا على الغير ، ويرجع عليه بالتعويض كاملاً ، ولا يرجع الغير بشئ على السائق . ويستطيع السائق ، الإثبات أن الضرر كان لابد واقعاً حتى ولو قام بواجبه فى الحراسة ، أن يثبت أن خطأه

والأصل بحسب النص أن تكون القسمة بالتساوى على عدد الرؤوس ، إلا إذا استطاع القاضى أن يحدد جسامه كل من الخطأين فيجوز له أن يحمل القسمة بحسب جسامه الخطأ . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى خطأ للضرور^(١) .

== الفيركان لا يمكن توقيفه ولا استطاع دفعه ، فيكون بمثابة القوة القاهرة ، فيخلص السائق من المسئولية على النحو الذى قدمناه (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ١٠ - وفى ٢ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٤ - وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٠) - وقد يزيد الضرر الذى أحدثته السائق عن الضرر الذى قصد تفاديه فلا تكون ثمة قوة القاهرة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المتهم إنما ارتكب ما ارتكبه مريداً مختاراً بعد أن وازن بين أمرين ، القضاء على حياة الخلام الذى اعترض سيارته عند مقترق الطرق أو الصعود بالسيارة على إفريز الشارع حيث وقعت الواقعة ، وكان الفعل المرتكب فى حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تفاديه ، بل كان بالبداهة أهم منه شأنًا وأجل خطراً وأكبر قيمة ، فإن التمييز يكون واجباً إذا ما لحق الغير ضرر (نقض جنائى فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ ص ٤٦٨ - وانظر فى الفقه والقضاء المرئيين فى هذه المسألة ما زو ٢ ققرة ١٦٥٢ - ققرة ١٦٥٣ - ٢) .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب الغير هو عين المثل المتقدم إذا اعتبر للضرور الغير الذى كان سبباً فى دفع السيارة إياه هو الفاعل الأصلى فرجع عليه بالتعويض كاملاً . ولا يستطيع الفاعل الأصلى أن يرجع على السائق - وقد أصبح السائق هنا هو الغير - لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض فى جانب السائق إذ أن هذا الخطأ لم يفرض إلا لمصلحة الضرور كما قدمنا . ومثل ذلك أيضاً سيارتان اصطمتا ، فأصيب من جراء هذا الاصطدام عابر فى الطريق ، واستطاع الضرور أن يثبت خطأ فى جانب أحد السائقين دون الآخر ، فإن السائق الذى ثبت فى جانبه الخطأ ودفع التعويض كاملاً لا يستطيع الرجوع بشئ على السائق الآخر - وهو هنا الغير - إذ لا يوجد فى جانب هذا الأخير إلا خطأ مفترض .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب كل من المسئول والغير سيارتان اصطمتا ، فأصيب عابر من جراء هذا الاصطدام ، ولم يستطع الضرور إثبات خطأ فى جانب أى من السائقين . فللضرور الرجوع على أى منهما بالتعويض كاملاً يقتضى الخطأ المفترض . ويتى أن ترى هل يستطيع من دفع التعويض أن يرجع على المسئول الآخر بتعصيه فيه ؟ كان القياس ألا يرجع لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض فى جانب السائق الآخر ، ولكن القول بذلك يفتح الطريق أمام الضرور للتحكم ما بين السائقين ، فأيهما يختار يضطره إلى دفع التعويض كاملاً دون رجوع على المسئول الآخر . ومن أجل ذلك جرى الفقه والقضاء فى فرنسا على أنه يرجع السائق الذى دفع التعويض كاملاً على السائق الآخر بتعصيه فى هذا التعويض (مازو ٢ ققرة ١٦٦١) .

(١) ولا بد أن نلاحظ هنا أن السجل الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى على عدد الرؤوس . وهذا ظاهر أيضاً من الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للعامدة ١٦٩ وقد نقضناهما فيما تقدم . فعد كان للشروع التهاى ينص على القسمة تبعاً لجسامه الخطأ ثم عدل لجعل الأصل أن تكون القسمة بالتساوى . أما القضاء المصرى فكان يجرى على أن الأصل هو أن تكون القسمة بحسب جسامه الخطأ . ==

٦٠ - اشتراك خطأ المدعى عليه وخطأ الغير وخطأ الضرور في إعماد الضرر :
وقد يسام في إحداث الضرر خطأ أول يثبت في جانب المدعى عليه ، وخطأ ثان يثبت
في جانب الغير ، وخطأ ثالث يثبت في جانب الضرور . ففي هذه الحالة يتحمل الضرور ،
وقد ثبت خطأ في جانبه ، ثلث الضرر ، ويتحمل المدعى عليه والغير متضامنين بالتلتين
الباقين . فيرجع الضرور بثاني التعمييض على المدعى عليه أو على الغير ، ويرجع من دفع
التلتين على المسئول الآخر بالتالث . هذا ما لم ير القاضى أن يكون التوزيع لا على عدد
الرؤوس بل بحسب جسامه خطأ كل من الثلاثة^(١).

== فقد قضت محكمة النقض بأنه إذ اتين أن حادثة الإصابة الخطأ وقعت باشتراك شخصين في الخطأ ، وجب
توزيع المسئولية عليهما كل بمقدار خطئه (قصر جنائى في ٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم
١٥٩/٢ ص ٣٢٥) . وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص
٨٤ - وفي ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٥ - وفي ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٦ -
وفي ١٦ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢ .

(١) أما إذا كان هناك خطأ مفترض : فإن كان مفترضاً في جانب الضرور وحده وخطأ كل من المدعى
عليه والغير ثابت ، لم يحتج بهذا الخطأ المفترض على الضرور لأنه أقيم لصالحه كما قدمنا ، ورجع الضرور
على أى من المسئولين بالتعمييض كاملاً ، ورجع هذا بنصف التعمييض على المسئول الآخر .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب المدعى عليه وحده وخطأ كل من الضرور والغير ثابت ، فالقياس أن
يرجع للضرور بثاني التعمييض على أى من المدعى عليه أو الغير ، ولكن هذا الحل يجعل الغير يضار
بالخطأ المفترض في جانب المدعى عليه ، إذ لو اتنى هذا الخطأ ، وبقي الخطأ الثابت في جانب كل من الضرور
والغير ، لتحمل الغير نصف التعمييض لا التلتين ، لئلا يرجع للضرور في الحالة التى نحن بصددتها على الغير
بالتنصف ولا يرجع الغير بشئ على المدعى عليه ، ولما يرجع للضرور على المدعى عليه بالتنصف ، يرجع
المدعى عليه بما دفع كاملاً على الغير (انظر في هذا المعنى ما زو ٢ فقرة ١٦٦٤ من ٤٤٨ - ٥٤٩) .
وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب الغير وحده وخطأ كل من المدعى عليه والضرور ثابت ، يرجع
الضرور ، نلأسباب التى قمنا بها في الصورة السابقة ، على المدعى عليه بنصف التعمييض ، ولا يرجع هذا
على الغير بشئ . ويجوز أيضاً للضرور أن يرجع على الغير بالتنصف ، ويرجع الغير بما دفعه كله على
المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من الضرور والمدعى عليه وخطأ الغير ثابت ، يرجع للضرور بالتعمييض
كاملاً على الغير ولا يرجع هنا بشئ على المدعى عليه . ويستطيع الضرور كذلك أن يرجع بالتعمييض
كاملاً على المدعى عليه ، ويرجع هذا على الغير بكل ما دفعه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من الضرور والغير وخطأ المدعى عليه ثابت ، يرجع للضرور ==

المطلب الثاني

انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر

٦٠١ - ماثله : قد تعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المدعى عليه أحد هذه الأسباب ، ولكن يؤدي هذا التمدد إلى اقطاع الصلة ما بين الخطأ والضرر فتعتمد علاقة السببية^(١) . وقد يكون للضرر سبب واحد هو خطأ المدعى عليه ، ولكن الضرر ذاته هو الذي يتعدد ، إذ تتأقرب الأضرار ، فتقطع الصلة ما بين بعضها وبين خطأ المدعى عليه من جراء تسلسل النتائج ، فتعتمد علاقة السببية فيما انقطعت فيه الصلة .

== بالتعويض كاملاً على المدعى عليه ولا يرجع هذا بقى على الغير . كما يجوز للضرور أن يرجع بكل التعويض على الغير ، ويرجع هذا بكل ما دفعه على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المدعى عليه والغير وخطأ الضرور ثابت ، فليس للضرور أن يرجع إلا بنصف التعويض على أى من المسؤولين ، لأن خطأه ثبت في جانبه . ومن دفع نصف التعويض يرجع على المسؤول الآخر بنصف ما دفع أى بنصف النصف .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب الثلاثة جميعاً ، كما إذا اصطدمت سيارات ثلاث وأصيب إحداها ولم يستلم السائق للضرور أن يثبت خطأ أى من السائقين الآخرين ، جاز للسائق للضرور أن يرجع بالتعويض كاملاً على أى من السائقين الآخرين ، والسائق الذى يدفع التعويض كاملاً يرجع بنصفه على السائق الآخر (أنظر في هذا الموضوع ملزوم ٢٠٠٤) .

[انظر أيضاً : يبدان ج ٩ مكرر بند ١٦٢٥ وما بعده - دى باج ج ٩ مكرر بند ٩٥٣ وما بعده - مارتى ورينو ج ٢ بند ٤٩٢ - ٤٩٨ وما بعد ذلك] .

(١) [وقد قضت محكمة الاستئناف بأنه إذا كان الثابت في واقعة الدعوى أن علاقة السببية وهي شرط أساسى في دعوى المسؤولية معدومة لأن السبب المباشر سقوط منزل السائق ضدها لم يكن ناشئاً عن عدم منزل الجار وإنما ترتب وتولد عن إهمالها وتهاونها وتراخيها وعدم تبصرها بالأمر وعدم قيامها بما تحتمه عليها واجباتها كالكس من المحافظة على ملكها للحيلولة دون سقوطه وتعرض الغير للضرر الناتج عن هذا الإهمال الجسيم - إذا ما تقرر ذلك وضع أن إهمال الجار الذى عدم منزله يحميه خطأ آخر يحجبه عنه ويتنص بالمسؤولية دون ما عنده ، هو إهمال صاحبة المنزل المجاور والذى تسبب عن سقوطه وفاة المجنى عليه : استئناف مصر في ١٩٥١/٢/٦ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم العدد ٢٠١ رقم ٢٥] .

ونستعرض كلامنا من الحالتين : (١) تعدد الأسباب (٢) تسلسل النتائج (أو تعاقب الأضرار).

§ ١ - تعدد الأسباب

٦٠٢ - تعدد الأسباب مع الاستغراق أو دونه استغراق : كثيراً ما تتعدد الأسباب التي تتدخل في إحداث الضرر . وعند ذلك يعني أن نعرف هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً ، القريب منها والبعيد ، ونعتبرها كلها أسباباً أحدثت الضرر ، أو وقف من هذه الأسباب عند المؤثر المنتج دون غيره .

ومحس في هذا الصدد أن نميز بين حالتين في تعدد الأسباب : الحالة الأولى إذا تعددت الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى ، والحالة الثانية إذا تعددت الأسباب دون استغراق .

١ - تعدد الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى

٦٠٣ - بقاء السبب المستغرق وعمره مرتباً للمسؤولية : رأينا في بحث السبب الأجنبي أنه يجوز أن يكون للضرر سببان ، ولكن أحدهما يستغرق الآخر ، ويبقى هو السبب الوحيد الذي أحدث الضرر ، فتتحقق مسؤولية صاحبه كاملة . ورأينا أن هذا يتحقق في فرضين :

١ - أن يكون أحد السببين خطأ عمداً والآخر غير عمد ، فيستغرق الخطأ العمد الخطأ غير العمد ، ويصبح هو السبب الوحيد الذي وقف عنده . فإذا تعدد شخص إحداث ضرر بآخر ، وساعده على إحداث هذا الضرر خطأ ارتكبه المضرور أو ارتكبه الغير . كما لو اتهم شخص فرصة سير غريمه في الطريق غير ملق بالآلة حوله فدهسه بسيارته ، أو رأى حفرة في الطريق حفرها الغير خطأ فأوقع غريمه فيها ، اجتمع سببان تدخلان في إحداث الضرر : تعدد الجاني وخطأ المجنى عليه أو خطأ الغير . ولا شك في أن تعدد الجاني

قد استغرق خطأ المجنى عليه أو خطأ الغير ، فالتمدد وحده هو الذى تقف عنده . ويعتبر السبب الوحيد في إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولاً وحده مسئولية كاملة .

٢ - أن يكون أحد السببين نتيجة لسبب الآخر . مثل ذلك أن يخطئ الطبيب في نصيحة المريض أو المحامى في توجيه الموكل أو المهندس في المشورة على العميل ، فيخطئ المريض أو الموكل أو العميل في اتباع النصيحة أو التوجيه أو المشورة فيصاب بالضرر . ومن ثم وجد سببان متواليان تدخلا في إحداث الضرر : المشورة الخاطئة وتنفيذ هذه المشورة . ولكن أحد السببين هو الذى ساق إلى السبب الآخر ، فكان هذا نتيجة له ، إذ المشورة هى التى سادت إلى التنفيذ فكان التنفيذ نتيجة للمشورة . ويترتب على ذلك أن المشورة تستغرق التنفيذ ، وتصبح هى وحدها السبب الذى تقف عنده ، وتتحقق مسئولية الطبيب أو المحامى أو المهندس وحده مسئولية كاملة .

ب - تعدد الأسباب دون استغراق

٦٠٤ - نظريتان : أما إذا تعددت الأسباب ولم يستغرق سبب منها الأسباب الأخرى ، جاز عندئذ التساؤل هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً وهذه هى نظرية تكافؤ الأسباب *théorie de l'équivalence des conditions* أو تقف منها عند الأسباب المؤثرة للنتيجة وهذه هى نظرية السبب المنتج *théorie de la causalité adéquate* وقد كان فقهاء الألمان - وتبهم في ذلك فقهاء البلاد الأخرى - يقولون بنظرية تكافؤ الأسباب ، ثم هجروها - وتبهم في ذلك أيضاً غيرهم - إلى نظرية السبب المنتج . ونستعرض الآن كلا من النظريتين .

٦٠٥ - نظرية نظائير الأسباب : قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون يورى Von Buri^(١) . ومؤداها أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر - مهما كان بعيداً -

(١) مازو ٢ فترة (١٤٤٠) والمراجع المشار إليها [وانظر أيضاً في عرض هذه النظرية : الدكتور =

يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر . فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة ، وكل واحد منها يعتبر سبباً في إحداثه . ويكون للسبب دخل في إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع الضرر . فلو أن ثملاً سار في عرض الطريق فدهسته سيارة بسرعة ، وكان من السير على سائق السيارة أن يتفادى الحادث لو أنه كان يسير بسرعة معتدلة ، كما كان يمكن لثمل أن يتفادى الحادث لو أنه كان مالكاً لتوازنه ، كان هناك سببان في إحداث الضرر : خطأ السائق في السير بسرعة كبيرة وخطأ المصاب في السير في الطريق العام وهو ثمل . ذلك أن الضرر ما كان ليقع لو لم يكن السائق مسرعاً ، وما كان أيضاً ليقع لو لم يكن المصاب ثملاً . فالسببان متكافئان في إحداث الضرر ، ويعتبر كل منهما سبباً فيه ، ويكون صاحبه مسئولاً ، فتتحقق المسئوليتان معاً . كذلك لو كان لشخص سيارة ولم يتخذ الاحتياطات المعقولة للمحافظة عليها فسرقت منه ، وساقها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد العابرة ، كان هنا أيضاً سببان في إحداث الضرر : سرعة السائق وتقصير صاحب السيارة في المحافظة عليها . فالضرر ما كان ليقع لو لم يكن السارق مسرعاً ، وما كان أيضاً ليقع لو لم يهمل صاحب السيارة فتسرق منه . فالسببان متكافئان في إحداث الضرر ، وكلاهما يعتبر سبباً في إحداثه .

٦٠٦ - نظرية السبب المنتج : قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون كريس (Von Kries) ^(١) ، فانحاز لها الكثيرة من الفقهاء في ألمانيا وفي غيرها من البلاد . وساعد على هجر نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج أن القرائن القانونية على الخطأ المفترض

== محمود نجيب حسني : راجلة السببية في القانون الجنائي (رسالة من باريس ١٩٥٢) مطبوعة بالقاهرة سنة ١٩٥٥ (باللغة الفرنسية) ص ٦٥ وما بعدها - ص ١٦٧ وما بعدها - وانظر مارتى ورينو جزء ثان فقرة ٤٨٠ - ٤٨١ - ومطول بيدان > ٩ مكرر (بمحاولة رودير) بند ١٦١٥ ص ٢٣٣ - دى باج > ٢ بند ٩٥٨] .

(١) مازو ٢ فقرة ١٤٤١ والمراجع المشار إليها [وانظر أيضاً الدكتور محمود نجيب حسني - المرجع السابق ص ١١٩ وما بعدها - ثم ص ١٣٦ وما بعدها - مارتى ورينو - المرجع السابق - نفس المواضع - مطول بيدان > ٩ مكرر بند ١٦١٧ ص ٢٣٥] .

كثرت ، فأصبح من السير استظهار خطأ مفترض في جانب المدعى عليه ينضم إلى أخطاء أخرى أكثر وضوحاً و بروزاً . فلو قلنا بنظرية تكافؤ الأسباب لوجب اعتبار جميع هذه الأخطاء ، وفيها الخطأ المفترض ، أسباباً متكافئة . ومن ثم آثر الفقهاء نظرية السبب المنتج ، فيستمرضون الأسباب المتعددة التي كان لها دخل في إحداث الضرر ، ويميزون بين الأسباب العارضة (fortuites) والأسباب المنتجة (adéquates) ، ويقفون عند الثانية دون الأولى . ويعتبرونها وحدها السبب في إحداث الضرر . وإذا قيل إن كلا من السبب المنتج والسبب العارض كان له دخل في إحداث الضرر ، ولولاه لما وقع ، إلا أن السببية بهذا المعنى هي السببية الطبيعية . وعن إنما يريد السببية القانونية ، فنبحث أي الأسباب التي يقف عندها القانون من بين الأسباب الطبيعية المتعددة ليعتبرها وحدها هي الأسباب التي أحدثت الضرر . والسبب العارض غير السبب المنتج . وإذا كان كلاهما تدخل في إحداث الضرر ، ولولاه لما وقع ، إلا أن السبب المنتج هو السبب المألوف الذي يحدث الضرر في المادة^(١) ، والسبب العارض هو السبب غير المألوف الذي لا يحدث عادة هذا الضرر ولكن أحدثه عرضاً . أرأيت لو أهدم صاحب السيارة في المحافظة عليها فسرقت منه ، وعدا بها السائق في سرعة كبيرة فدهس أحد العابرة ، فاجتمع سببان في إحداث الضرر هما خطأ صاحب السيارة وخطأ السارق ، ماذا يكون من هذين السببين هو السبب المألوف ؟ أليس هو خطأ السارق في أن يسير بسرعة كبيرة إذ هو الذي يحدث هذا الضرر في المادة ، وأليس خطأ صاحب السيارة في إهماله في المحافظة عليها حتى سرت منه وإن كان له دخل في إحداث الضرر إلا أنه سبب غير مألوف لا يحدث عادة هذا الضرر ؟ خطأ السارق وحده هو السبب المنتج ، أما خطأ صاحب السيارة فسبب عارض . ويجب الوقوف عند السبب المنتج دون السبب العارض ، واعتبار صاحب السبب المنتج هو وحده المسئول . وفي مثل التمثل الذي دهسته السيارة المسرعة اجتمع سببان في إحداث الضرر : خطأ التمثل وخطأ السائق . وكلاهما سبب مألوف يحدث هذا الضرر عادة . فهما سببان منتجان ، وصاحباهما مسئولان معاً . ومن ثم يكون السببان في هذا التمثل منتجين وفقاً لنظرية السبب المنتج ،

(١) مارتى (Marty) في المجلة التفصيلية للقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها .

ومتكافئين وفقاً لنظرية تكافؤ الأسباب .

ويتضح مما تقدم أن نظرية السبب المنتج هي النظرية الأخرى بالانبات^(١) .

٦٠٧- المؤثر الذي يترتب على تعدد الأسباب التي أضرمت الضرر : فإذا نحن عرفنا الأسباب التي أحدثت الضرر - سواء اهتمدنا إلى هذه الأسباب عن طريق نظرية السبب المنتج أو عن طريق نظرية تكافؤ الأسباب - ووجدنا هذه الأسباب متعددة ، فقد رأينا فيما قدمناه عند الكلام في السبب الأجنبي أن هذا التعدد له أثر كبير في المسؤولية . ونستعرض في إيجاز الفروض المختلفة ملخصين ما قدمناه في هذا الصدد .

فقد يجتمع سببان في إحداث الضرر : خطأ المدعى عليه وقوة قاهرة أو خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور أو خطأ المدعى عليه وخطأ الغير ، أو تجتمع أسباب ثلاثة : خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير .

فإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وقيام قوة قاهرة ، كان المدعى عليه مسئولاً عن التعويض الكامل ، لأن خطأه كان سبباً في إحداث الضرر . ولا يستطيع الرجوع على أحد ، لأن الحادث الذي اشترك مع خطئه في إحداث الضرر كان قوة قاهرة ، فيتحمل وحده المسؤولية كاملة . فلو أن شخصاً لكم شخصاً آخر في صدره لكمة بسيطة ، وتصادف أن المصاب كان مريضاً بالقلب ولم يكن المدعى عليه يعلم ذلك ، فأتى المصاب من جراء هذه اللكمة ، كان المدعى عليه مسئولاً مسؤولية كاملة عن موت المصاب^(٢) . ولو سار سائق السيارة مسرعاً أكثر مما يجب ، فإذا برمج عاصف اقتلع شجرة ورمها في عرض الطريق

(١) انظر في تحول القضاء الفرنسي عن نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج مازو ٢

فقرة ١٤٤٢ - ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا فرض أن المضرور في حادث كان لديه استعداد من قبل (prédisposé) للضرر الذي أصابه بسبب هذا الحادث ، فيمكن أن يكون الحادث هو السبب الذي حرك هذا الاستعداد (prédisposition) حتى تقوم علاقة السببية بين الحادث والمرض ، فيزوم التسبب في الحادث بتعويض الضرر (استئناف مختلط في أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ من ٥٥) .

أمام السيارة ، فانقلبت السيارة على أحد العابرة فأصابته ، كان المدعى عليه مسئولاً عن التعويض الكامل ، ولا يستطيع الرجوع على أحد كما هو الأمر في التل السابق .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور ، كما إذا أسرع سائق السيارة في سيرة فاعترض طريقه شخص ثمل فدهسه ، كان هناك خطأ مشترك (faute commune) كما قدمنا ، ورجع المضرور على المسئول بنصف التعويض على النحو الذي سبق أن بيناه .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ الغير ، كما إذا سار السائق في سرعة كبيرة واعترضته حفرة في الطريق أحدثها الغير خطأ فانقلبت السيارة وأصاب أحد العابرة ، فإن كلا من الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولاً نحو المضرور عن تعويض كامل ، ويرجع بنصف التعويض على الغير الذي أحدث الحفرة خطأ في الطريق .

وإذا اجتمع خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير ، كما إذا سار السائق بسرعة كبيرة فعمر بحفرة أحدثها الغير خطأ في الطريق فانقلبت السيارة وأصاب شخصاً ثملاً كان يعبّر الطريق ، كان السائق مسئولاً نحو المضرور عن ثلث التعويض ، ويرجع بالثلث على الغير^(١) .

§ ٢ — تسلسل النتائج

(أو تعاقب الأضرار والضرر غير المباشر)

٦٠٨ — التمييز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج : ينبغي أن نميز تمييزاً دقيقاً بين حالة تعدد الأسباب التي تلجأها فيما تقدم وحالة تسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار التي نعالجها

(١) [انظر فيما سبق : هامش صفحة ١٠٢٣ والمراجع المشار إليها فيه] .

الآن. في الحالة الأولى الضرر واحد لم يتعاقب ، والأسباب هي التي تعاقبت فتعددت . وفي الحالة الثانية السبب واحد لم يتعدد ، والأضرار هي التي تعاقبت عن هذا السبب الواحد فصارت أضراراً متعددة . ففي إحدى الحالتين إذن السبب هو المتعدد ، أما الضرر فيبقى واحداً . وفي الحالة الأخرى الضرر هو المتعدد ، أما السبب فيبقى واحداً . وقد تبرز الحالتان فتتعدد الأسباب وتتعاقد الأضرار ، فيعطى لتعدد الأسباب حكمه الذي قدمناه ، ويعطى لتعاقب الأضرار الحكم الذي سنبدسه فيما يلي .

٦٠٩ — أمثلة عملية لتسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار : يوجد مثل تقليدي أورده يوتيه في الأضرار التي تعاقب ، وهو مثل في المسؤولية العقدية ولكنه ينطبق أيضاً على المسؤولية التقصيرية : تاجر مواش يبيع بقرة موبوءة^(١) ، فتعدي مواشى المشتري ، وتموت ويموت معها سائر المواشى ، فلا يتمكن المشتري من زراعة أرضه ، فيعوزه المال ، فلا يستطيع الوفاء بديونه ، فيحجز الدائنون على أرضه ويبيعونها عليه بثمن بخس . فهذه أضرار متعاقبة يمر بعضها بعضاً : موت البقرة للموبوءة ، عدوى المواشى وموتها ، العجز عن الزراعة ، العجز عن وفاء الديون ، الحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . ويرى يوتيه بحق أن الأضرار المباشرة التي يجب التعويض عنها هي موت البقرة الموبوءة وعدوى المواشى وموتها . أما العجز عن الزراعة وعن وفاء الديون والحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . فهذه أضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

وقد وقع في مصر ما يقرب من هذا ، فقضت فيه محكمة الاستئناف الوطنية^(٢) بما يأتي : « إذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل للقطار الذي كانت هذه الآلات مشحونة

(١) أو يغلطها بمواشى الغير ، وهو عالم أنها موبوءة ، عن إعمال — وذلك حتى ينطبق المثل على المسؤولية التقصيرية .

(٢) في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ المراتب ٢ رقم ٢/٥١ س ٢٤٧ — انظر أيضاً استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٣ المجموعة الرسمية للحاكم المختلطة ٩ س ٢٩ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للحاكم المختلطة ١٠ س ٤٣ — وفي ١٠ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ س ٣٨٧ — وفي ٦ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ س ٢٦٧ .

فيه ، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة عن الحادث ، كأن يقال إن هذا الوابور كان ممعداً للتركيب على بئر ارتوازية وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر ، فتلقت زراعة صاحب البئر ، وكان أيضاً متمعداً بأن يروى لأصحاب الأطنان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر ، ثم إنه لم ينتفع أيضاً بالأرض التي حفر البئر فيها وبالأرض التي أعدها لوضع الوابور إلخ إلخ ، وأن المصلحة مسئولة عن تعويض كل هذه الأضرار » .

وقد قضت محكمة النقض^(١) كذلك بما يأتي : « ... إذا حمل الحسك مصلحة الآثار مسئولية خطئها من سحب رخصة من متجر بالآثار . وما يترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة ، وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته ، وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار ، فقضاؤه صحيح قانوناً »^(٢) .

فهذه أمثلة عملية منزعجة من صميم الحياة المصرية ترى فيها الأضرار عن السبب الواحد تتلاحق وتتعاقب وتتسلسل . فأين تقف ؟ القاعدة التقليدية هي أننا نقف عند الضرر المباشر (dommage direct) فنعرض عنه ، ونفعل الضرر غير المباشر (dommage indirect) فلا يجب له التعويض .

ولكن كيف نحدد ما إذا كان الضرر مباشراً أو غير مباشر ؟

(١) في ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ الحاماة ١٧ رقم ٤٠ م ٧٤ — ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ م ١٧٦ مع تطبيق الدكتور سليمان مرقس — انظر كذلك محكمة طرابلس في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١٠٠ م ٢٣٥ — استئناف مخطوط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ م ٥٧ — وفي ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ م ٢٩٧ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ م ٢٣ .

(٢) وقضى أيضاً بأنه إذا أرسلت شركة آلات زراعية إحدى آلياتها حديثة الاختراع إلى وكيل لها في الريف ، فأصاب هذه الآلة تلف بفعل أمين النقل ، ترتب عليه فشل التجربة التي أجراها الوكيل على مشهد من كبار المزارعين في بلده ، ورفض المشتري قبول هذه الآلة ، وعود للمزارعين عن شراء مثلها ، فإن أمين النقل لا يسأل إلا عن تلف الآلة باعتباره ضرراً مباشراً ، أما على ذلك من أضرار فيعتبر نتيجة غير مباشرة لحطأ أمين النقل (الدكتور سنيان مرقس في العمل الصادر م ٥٩) .

٦١٠ - معيار الضرر المباشر : يجب بادیء الأمر التمييز ما بين الضرر المباشر (direct) والضرر المتوقع (prévisible) ، فالضرر المتوقع هو ما كان محتمل الحصول ممكنًا توقعه ، فهو بهذه الثابة يكون ضرراً مباشراً ، وقد فصلنا الكلام فيه في المسئولية العقدية . ويمكن القول إن كل ضرر متوقع يكون ضرراً مباشراً ، ولكن ليس كل ضرر مباشر يكون ضرراً متوقفاً ، فمن الأضرار المباشرة ما ليس محتمل الحصول ولا يمكن توقعه . فما هو إذن معيار الضرر المباشر؟

تعرض الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من القانون المدني الجديد لهذه المسألة الهامة ، فتقول :

« إذا لم يكن التمييز مقدراً في العقد أو ينص في القانون فالتقاضى هو الذى يقدره ، ويشمل التمييز ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول »^(١) .

(١) تاريخ النص : (القرة الأولى من المادة ٢٢١ فقط — أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد سبق إيراد تاريخها عند الكلام في المسئولية العقدية : انظر آخفاً ققرة ٤٥١) : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى :

« إذا لم يكن التمييز مقدراً في العقد أو ينص في القانون فالتقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التمييز ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويدخل في ذلك الضرر الذى لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص كما هو وأصبح رقه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٨ من المشروع النهائي . وفي اللجنة التشريعية لمجلس النواب استبدلت عبارة « ويدخل في ذلك الضرر الذى لم يكن في استطاعة الدائن ... » عبارة « ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن ... » وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضم للتقاضى معياراً يسترشد به في تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهي في الوقت ذاته لا تنقيد بهذا المعيار الذى نصت عليه المادة فلا مانع من أن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . وكذلك وافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص كما أقره مجلس النواب وأصبح رقه الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ . ووافق مجلس الشيوخ عليه . (جمعية الأعمال القضائية ٣ ص ٥٦٣ — ص ٥٦٦) .

ويقابل هذا النص في القانون المدني القديم المادتان ١٧٩/١٢١ من هذا القانون ، وكأنا نضمان على =

فالضرر المباشر إذن هو ما كان نتيجة طبيعية (normal) للخطأ الذي أحدثه ويبقى بعد ذلك أن نعرف ما الذي يعتبر نتيجة طبيعية . يقول النص : « ويمتد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » . وهذا معيار يجمع بين الدقة والمرونة ، نراه لأول مرة في القانون المدني الجديد^(١) ، وإن كان يمكن استخلاصه من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة^(٢) . فلنطبقه على الأمثلة العملية التي قدمناها .

== ما يأتي : « التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الحسارة وما ضاع عليه من الكسب بضرر أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء » .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢٢٢ / ١ (مطابق) . الليبي ١ / ٢٢٤ (مطابق) — العراق م ٢٠٧ (موافق) — اللبناني م ١٣٤ وم ٢٦١ (موافق) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « إذا لم يكن التمييز مقدراً في القصد (الشرط الجزائي) أو مقدراً بنس القانون (العوائد) تولى القاضي تقديره . ويناط هذا التقدير ، كما هو الشأن في المسؤولية التقصيرية ، بنصرت قوامها ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب . ويشترط لاستحقاق التمييز أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو لتأخر فيه ، سواء أ كان أساسه فوات هذا الكسب أم تحقق تلك الحسارة . ويراعى أن عبارة « النتيجة الطبيعية » أسن في الدلالة على المقصود من « عبارة النتيجة المباشرة » التي استعملها التقنين المصري (القديم) مقتدياً في ذلك بكثير من التفتينات الأخرى . وقد بلغ من أمر لعارض التقنين اللبناني عن اصطلاح (النتيجة المباشرة) أن نص في المادة ٢٦١ على وجوب الاعتداد « بالضرر غير المباشر كما يستد بالضرر المباشر على سبيل التفصيل والإفراد متى كانت له صلة عميقة بالتخلف عن الوفاء بالالتزام » . وقد هي المشروع بتحديد دلالة عبارة (النتيجة الطبيعية) ، تحديداً واضحاً ، نص في المادة ٢٩٩ على أنها تصرف إلى الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه . وقد تقدم عند تفصيل أحكام الخطأ المشترك أت الدائن يقاسم مدنيه تبعه الخطأ ، ويحتمل المسؤولية عن شق من الضرر إذا امتنع عن دفع هذا الشق متى كان في استطاعته أن يفض ذلك ببذل قسط معقول من المجطة . ومؤدى هذا أن نصيب المدين من تبعه الضرر ينحصر فيما لا يكون للدائن قبل توقيه على الوجه الذى تقدمت الإشارة إليه . وهذا هو المقصود بالنتيجة الطبيعية لتخلف المدين عن الوفاء بالالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥٤ — ص ٥٦٥) .

(٢) فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه من المباحى المقررة أن من صدر منه خطأ لا يجب عليه التمييز إلا في حدود الأضرار التي كان لا يمكن لمن ارتكب ضده الخطأ أن يتوقاهما بمجده . وعدم بذل هذا الجهد هو في ذاته خطأ يوجب المسؤولية . فإذا أبطلت إجراءات نزع الملكية على أساس أنها اتخذت على وجه غير قانوني ضد محجور عليه ، لم يجوز لورثة المحجور عليه مطالبة الدائن الذى اتخذ هذه الإجراءات بقيمة الثرات التي اقترعت من مورثهم عن طريق الإجراءات الباطلة ، إذا كان من الثابت أن ==

البقرة الموبوءة التي نفقت بعد أن أعدت سائر المواشي فنفت هذه أيضاً ، أكان المشتري يستطيع أن يتوقع هذه الأضرار ببذل جهد معقول ؟ ينظر في ذلك إلى الظروف الملائمة ، والظاهر أنه كان يستطيع ذلك . فتمتبر هذه الأضرار أضراراً مباشرة . أما العجز عن الزراعة ، وعن وفاة الدبون ، وحجز الأرض وبيعها بثمن بخس ، فإن هذا كله كان في وسع المزارع أن يتفاداه ببذل جهد معقول ، إذ كان في استطاعته أن يعمد إلى مواش أخرى يشتريها أو يستأجرها لزراعة أرضه ، فتقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التي أصابته من جراء موت المواشي . ومن ثم تمتبر هذه الأضرار أضراراً غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

آلات الوابور التي تالت بسبب الحادث الذي وقع للقطار ، أكان صاحبها يستطيع أن يتوقع تلفها ؟ ظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً يجب تعويضه . أما تعذر الانتفاع بالبحر الارتوازية ، فتلف الزراعة ، والعجز عن رى الأطنان المجاورة ،

قيم المحجور عليه ومن بعده الورثة ، وكانوا على علم بهذه الإجراءات ، أبطأوا في رفع دعوى البطلان ، فكنوا بخطئهم هذا الضرر من أن يقع (استئناف مخطوط و ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ٤١٣) — كذلك إذا أبطلت إجراءات نزع الملكية وحكم مرسى الزاد لعدم لإنذار المأثر للقطار من جراء إغفال ذكر اسمه في الشهادة العقارية التي أعطيت للدائن الحاجز ، فلعل الكتاب ، في الدفاع عن نفسه في دعوى تعويض ترفع عليه من المأثر عن المدة التي نزع منه فيها القطار ، أن يمسك بأن المأثر كان على علم بالإجراءات التي اتخذت ، وبأنه إذا لم يكن مؤمراً بتصحيح الإجراءات بأن يتصرف كما لو كان قد أنذر ، إلا أنه كان من الواجب عليه أن يتوقع الضرر الذي كان لا بد أن ينجم من جراء نزع القطار من يده . (استئناف مخطوط في ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٢٥٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الطرف الذي يطالب بتعويض الضرر يجب أن يكون قد قام من جهته بكل ما هو ضروري لتتوقع هذا الضرر (استئناف مخطوط في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ٣٠٤) . انظر أيضاً : استئناف مخطوط في ١٥ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ م ١٥٣ — وفي ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٢٠٤ — محكمة مصر المختلطة التجارية في ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٣ في ١٩٢ — محكمة للصورة المختلطة الجزئية في ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت ١١ رقم ٨ م ١١ .

ولكن لا يلزم للضرورة إذا هو لم يقبل إجراء عملية خطيرة مؤلمة ، ولا يحتاج عليه بهذا الرضى لقوله بأنه أخطأ في عدم تلقي الضرر الذي أصابه (استئناف مخطوط في ٣ مايو سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٦ م ٢) .

وعدم الانتفاع بالأرض التي حفر البئر فيها والأرض التي أعدت لوضع الوابور ، فكله هذه أضرار غير مباشرة إذ كان صاحب الأرض يستطيع أن يتفادها بالاتجاه إلى طريق آخر للرى^(١) .

سحب الرخصة خطأ من متجر يتجر في الآثار ، وما ترتب على ذلك من تحرير محضر مخالفة لصاحبه ، ومهاجمة منزله ، وتزع اللوحة المعلقة ، كل هذه أضرار مباشرة ، لأن صاحب المتجر لم يكن يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول^(٢) .

ونرى من ذلك أن الميار الذى أتى به القانون الجديد يستقيم في الأمثلة التي تقع في الحياة العملية ، وهو معيار يجمع كآرائنا بين الدقة والمرونة^(٣) .

(١) ويلاحظ أن العجز عن رى الألبان المجاورة قد لا يكون ضرراً إذا اعتبر ناف آلات الوابور قوة قاهرة تعفى صاحب الأرض من التزامه برى هذه الألبان . أما عدم الانتفاع بالأرض التي حفر فيها البئر فقد يكون ضرراً مباشراً يعض عنه ، إذا عدم صاحب الأرض الوسيلة للانتفاع بهذه الأرض عن طريق آخر . وهذا يعتبر ضرراً مباشراً يعض عنه الفرق في تكاليف الرى إذا كانت الطريقة التي لجأ إليها صاحب الأرض لرى أرضه أئد مؤونة ولم يكن في وسعه الاتجاه إلى طريقة أقل كلفة .

(٢) والآلة الزراعية حديثة الاختراع التي تلفت بفعل أمين النقل ، لم تكن الشركة تستطيع أن تتوقع تلفها ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً . أما فشل التجربة ، وما ترتب على هذا الفشل من انصراف المشتري وكبار المزارعين عن شراء الآلة وأمثالها ، فإن هذا كله كانت الشركة تستطيع توقيه ببذل جهد معقول لو أنها لم تعرض للتجربة هذه الآلة الثالثة ، واستماضت عنها بآلة صالحة ، فهذه إذن أضرار غير مباشرة .

(٣) وهو ، بعد ، ليس بالميار الوحيد ، فقد رأينا أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب تقول في تقريرها : « وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع للقاضي معياراً يسترشد به في تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهي في الوقت ذاته لا تقيده بهذا الميار التي نصت عليه المادة ، فلا مانع من أن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٦) . وهناك أحوال لا ينطبق فيها هذا الميار ، ومع هذا لا يوجد شك في أن الضرر غير مباشر . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا رفضت الإدارة تجديد رخصة لإحدى شركات النقل وكانت مختلطة في عدم تجديد الرخصة ، كانت مسئولة عن تعويض هذه الشركة عما أصابها من ضرر ، ولكنها لا تكون مسئولة عن تعويض بائع عربات النقل إذا أصابه ضرر من جراء عدم تجديد الرخصة بفوات صفقات كان من المنتظر أن يقدمها مع الشركة التي لم تجدد رخصتها (استئناف مختلط في ٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠م ٥٣ ص ٨) .

ويلاحظ هنا أن الضرر المشكو منه قد أصاب شخصين لا شخصاً واحداً : الشركة والضرر الذى أصابها ضرر مباشر ، وبائع عربات النقل والضرر الذى أصابه ضرر غير مباشر .

ومن اليسير تأصيله بأن المضرور إذا لم يبدل جهداً معقولاً في توق الضرر يكون هو أيضاً قد أخطأ ، ومن ثم يوجد خطأ مشترك ، وعلى المضرور أن يتحمل تبعه خطئه بتحمل الأضرار التي تنجم عن هذا الخطأ . فإذا جرح شخص آخر ، فالضرر المباشر الذي ينجم عن

== ويقع في أحوال أخرى أن يصيب الخطأ الواحد شخصين بالضرر . مثل ذلك أن يتسبب شخص في غرق شخص آخر ، فيتقدم شخص ثالث لإنقاذ الفريق فيغرق معه . فهل مرتكب الخطأ يكون مسئولاً أيضاً عن غرق المتخذ على أساس أن هذا الضرر إنما هو نتيجة مباشرة لخطئه ؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يكون مسئولاً عن غرق المتخذ ، ولكن إذا تبين أن هذا قد طار غمطاً غير مأثوق (لارتفاع النيل) لإنقاذ الفريق الأول ، كان هناك خطأ مشترك يترتب عليه تخفيض التعويض (استئناف مختلط في ٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١) - وقد وضعت المحكمة معياراً لمعرفة ما إذا كان الضرر مباشراً في مثل هذه الأحوال . فإذا كان تدخل الغير لإنقاذ شخص من خطر وضع فيه بخطأ المدعي عليه إنما هو اندفاع طبيعي من الغير أملاء قيام هذا الخطر ، كان الضرر الذي يصيب الغير من جراء تدخله ضرراً مباشراً يجب التعويض عنه . وتنقل المحكمة في هذا الحكم عن قضية إنجليزية معروفة (Wagner contre Int. R. Co (Corpus Juris. C. 45 p. 481) الماطر يستدعي الإنقاذ . وصرحة الاستئناف هي دعوة إلى النجدة . وليس القانون بالنسبة يتجاهل احتمالات العقل هذه عندما يربط التصرف بتأخره ، بل هو يعترف بها نتائج مأثوقة ، ويضع ما يترتب عليها من أثر في حدود الأمور الطبيعية التي يفلب وقوعها . والخطأ الذي يهدد حياة الماطر هو خطأ يرتكب ضد المصاب بالهدد ، وهو في الوقت ذاته خطأ يرتكب ضد من يتقدم لإنقاذه « Danger invites rescue. The cry of distress is the summons to relief. The law does not ignore these reactions of the mind in tracing conduct to its consequences. It recognizes them as normal. It places their effects with the range of the natural and probable. The wrong that imperils life is a wrong to the imperiled victim, it is wrong also to his rescuer). »

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تدخل شخص من تلقاء نفسه في عمل بقصد منع الضرر عن الغير ، كما إذا تدخل لوقف جواد جمع من سائقه ، فتنج عن تدخله ضرر لشخصه ، فإن من يكون مسئولاً عن الحادثة فيما لو وقع الضرر لغيره ، يكون مسئولاً أيضاً عن الضرر الذي أصاب ذلك الشخص ، وليس له أن يدفع عن نفسه هذه المسؤولية بدعوى أن ذلك الشخص أخطأ في تدخله في الحادثة إذا كان هذا التدخل حصل بقصد القيام بعمل إنساني (استئناف وطني في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٥ ص ١٧٥) .

ويلاحظ أننا نبحث هنا في علاقة المسئول عن الخطأ بالغير الذي يتقدم لإنقاذ المضرور . أما في علاقة هذا الغير بالمضرور نفسه ، فالغير فضولي بالنسبة إليه ، وله طبقاً لقواعد الفسالة أن يرجع عليه بما يصيبه من ضرر (انظر في موضوع من يتقدم للاعتماد sauveur مازو ٢ صفة ١٤٩٩ وهو يوجه النظر إلى أن المتخذ قد يتقدم للاعتماد عن وعوته ، فيكون هذا عمل اعتبار) .

الجرح يتحملة المسئول ، والضرر غير المباشر الذى ينجم عن إهمال المضرور فى علاج نفسه يتحملة المضرور .

ونستخلص من ذلك أن الأضرار المباشرة ، أى الأضرار التى تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدثها وهى التى كان المضرور لا يستطيع توقيها ببذل جهد معقول ، هى وحدها التى تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ . أما الأضرار غير المباشرة ، وهى التى لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدث الضرر ، فتقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ ، ولا يكون المدعى عليه مسئولاً عنها^(١) .

الفرع الثانى

آثار المسئولية

٦١١ - **دعوى المسئولية ومزاوها (التعويض) :** إذا توافرت أركان المسئولية خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما — تحققت المسئولية ، وترتب عليها آثارها ، ووجب على المسئول تعويض الضرر الذى أحدثه بمخطئه .

فالتعويض إذن هو الحكم الذى يترتب على تحقق المسئولية ، وهو جزاؤها . ويسبق ذلك دعوى المسئولية ذاتها ، فى الكثرة الغالبة من الأحوال لا يسلّم المسئول بمسئوليته ، ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه الدعوى .

فنستعرض فى مبحثين متتابعين : (١) دعوى المسئولية (٢) وجزاء المسئولية (التعويض) .

(١) [انظر فى الضرر المباشر : يبدان ج ٩ مكرر بند ١٦٢٢ — دى باج ج ٢ بند ٩٥٢ مكرر — مارتى ورينو (المرجع السابق) بند ٣٧٦ — وانظر كذلك فى امتداد الضرر لى الغير : دى باج ج ٢ بند ٩٦٢ م ٩٠٩ وهامش ٧ وللراجع المشار إليها — مارتى ورينو (المرجع السابق) بند ٢٨٤ و ٢٨٥] .

المبحث الأول

دعوى المسؤولية^(١)

(Action en responsabilité)

٦١٢ - مسائل أربع : نتعرض المسائل الأربع الآتية : (١) طرفي الدعوى : المدعى والمدعى عليه (٢) الطلبات والدفع ، ويدخل في ذلك تقادم دعوى المسؤولية (٣) الإثبات : عبأه ووعائله (٤) الحكم الصادر في دعوى المسؤولية وطرق الطعن فيه ، وبمخاضة طريق النقض .

الطلب الأول

طرقا الدعوى

١ § - المدعى

٦١٣ - المدعى هو المضرور : المدعى في دعوى المسؤولية هو المضرور . وهو الذي يطالب بالتعويض . فغير المضرور ليس له حق في التعويض . والمضرور ، هو أو نائبه أو خلفه ، يثبت له هذا الحق . ويثبت الحق لكل مضرور . فالمدعى إذن هو المضرور ، وكل مضرور^(٢) . ولا أحد غير المضرور .

(١) غير المضرور ليس له حق في التعويض :

٦١٤ - التبرع بالتعويض لجهة خيرية : يليه أن غير المضرور لا يستطيع أن

(١) [انظر بيلان ج ٩ مكرر ص ٢٥٤ بند ١٦٣٨ وما بعده] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس في القانون ما يمنع من أن يكون المضرور من الجريمة أي شخص ولو كان غير المجنى عليه . ما دام قد ثبت قيام هذا الضرر وكان ناتجا عن الجريمة مباشرة : نقض جنائي في ١٢/١٥ سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض سنة ٦ رقم ١٠١ ص ٣٠٠] .

يطلب بتعويض عن ضرر لم يصبه^(١) . ولكن يقع كثيراً — وبخاصة في الأضرار الأدبية — أن يعلن المضرور عن رغبته في النزول عما يحكم له به من تعويض لجهة خيرية أو لمؤسسة تعمل للمصلحة العامة . والمحظور أن يطلب المضرور من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لهذه الجهة . ولا تستطيع المحكمة في هذه الحالة أن تنجيها إلى هذا الطلب ، لأن الجهة الخيرية التي عينها المضرور لم يصبها أى ضرر ، فلا يجوز الحكم لها مباشرة بتعويض . أما إذا طلب المضرور الحكم بالتعويض لنفسه وأعلن في الوقت ذاته عن رغبته في النزول عن هذا التعويض لجهة خيرية ، فلا شيء يمنع من ذلك . ويجوز أن يشير الحكم إلى هذا الأمر ، ولا يكون في هذه الإشارة مخالفة للقانون تستوجب نقض الحكم^(٢) .

فإذا وقع ذلك بقي أن نعرف هل تكسب الجهة الخيرية حقاً قبل المضرور في أن ينزل لها عن التعويض الذي قضى له به ؟ إذا طبقنا القواعد العامة ، رأينا أن المضرور لا يلتزم بإرادته المنفردة نحو الجهة الخيرية ، لأن الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا في أحوال منصوص عليها ، ليست هذه الحالة منها . ولكن يجوز أن يعتبر إعلان المضرور

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأنه إذا خالف أحد الزارعين القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٧ الذي حرم زراعة أكثر من التلث قطعاً ، وجنى محصول القطن للزراع فيها زاد على التلث وباعه ، فامس لوزارة الزراعة أن تطالب بدفع ثمن القطن إليها ، لأنها لم يصبها ضرر معين ، والضرر الذي أصاب المصلحة العامة يكفى فيه المقاب الجنائي (استئناف أسيوط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٢ / ٢ / ص ٧٧٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت المحكمة للرجى عليه بالتعويض على أساس أنه طاله نفسه مقابل الضرر الذي لحقه من الجريمة ، فائالة له وإن كان قد ذكر أنه مستعد بعد الحكم للترفع بالمبلغ الذي يحكم له به لجهات الخير ، فإنها لم تدفع ثمن القطن إليها ، وهو شأنه فيه بعد الحكم ، فهذا منها لاشائبة فيه (نقض جنائي في ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢١٦ ص ٥٢٠) . انظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط في ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ - وفي ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٠٥ [وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يوجد في القانون المصري ما يجرم الحكم بتحويل المبلغ القاضي به كتمويض للدمى بالحقوق المدنية إلى جمعية خيرية والتعويض في بعض القوانين الأخرى قد صدرت به نصوص صريحة لو لاها لا قالوا به .

نقض جنائي في ٢١ / ١٠ / ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية التي تقررتها الدائرة الجنائية بمحكمة النقض خلال ٢٥ عاماً من ٦٣٨ بند ٢٥١] .

رغبته في النزول عن التعويض للجهة الخيرية إيجاباً منه يمد فيه بهبة حق ثابت له ، ستقوم المحكمة بتحديد مقداره . فإذا قبلت الجهة الخيرية هذا الإيجاب أصبح المضرور ملتزماً بهذا الوعد بالهبة ، مع مراعاة أن الوعد بالهبة لا ينقذ إلا إذا كان بورقة رسمية (م ٤٩٠ من التقنين المدني الجديد)^(١) .

(ب) حق التعويض للمضرور :

٦١٥ - المضرور أو نائبه : المضرور هو الشخص الذي يحق له أن يطالب بالتعويض . ويقوم نائبه مقامه في ذلك .

ونائب المضرور ، إذا كان هذا قاصراً ، هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، هو القيم وإذا كان مفلساً هو السنديك وإذا كان وفقاً هو ناظر الوقف . وإذا كان رشيداً ، فقائمه هو الوكيل .

٦١٦ - خلف المضرور : بقي الخلف ، عاماً كان أو خاصاً . وهؤلاء هم الوارث والذاتن والحال له . وهنا يجب التمييز بين التعويض عن الضرر المادى والتعويض عن الضرر الأدبى .

فإذا كان التعويض عن ضرر مادى — تلف مال أو إصابة في الجسم — أعجزت عن العمل — فإن الحق في التعويض ، وقد ثبت للمضرور ، ينتقل منه إلى خلفه . فيستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذى كان مورثه يطالب به لو بقى حياً^(٢) .

(١) انظر عكس ذلك ما زو ٢ فقرة ١٨٦٨ م ٦٩٦ — حسين عامر في المسؤولية المدنية فقرة ٤١٧ .

(٢) وينتقل حق التعويض إلى الورثة ، كل بقدر نصيبه في الميراث (محكمة الاستئناف الوطنية في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٣ المحاكم ١٥ م ٣١٩٢ — وفي ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ م ٧٣ — وفي ١٩ مارس سنة ١٩٢٨ المجلدات ٩ رقم ٣٠ م ٥١ — محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٦ سبتمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ م ٧) .

وغنى عن البيان أن الوارث له دعوى ان التى يرثها عن المضرور فيرثها بوصفه خلفاً ، ودعواه الشخصية عن الضرر الذى أصابه مباشرة ويرثها بوصفه أصيلاً .

[وقد قضت محكمة النقض بأن للسهم والمستول عن الحقوق المدنية أن يحتجاً بخطأ المضرور على وارثه في =

ويستطيع دائن للضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة^(١) . ويستطيع للضرور أن يحول حقه في التعويض إلى شخص آخر فينتقل هذا الحق إلى المحال له^(٢) .

أما إذا كان التعويض عن ضرر أدبي ، فإنه لا ينتقل إلى خلف الضرور إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ما بين الضرور والمسئول أو طالب به الضرور أمام القضاء (م ٢٢٢) . وقد تقدم بيان ذلك بالتفصيل عند الكلام في الضرر الأدبي وكيف ينتقل التعويض عنه إلى الغير . فإذا تحدد التعويض عن الضرر الأدبي على هذا النحو، بالتراضى أو بالتقاضى ، أمكن أن ينتقل حق التعويض إلى الوارث ، وجاز لدائن الضرور أن يطالب به عن طريق الدعوى غير المباشرة^(٣) ، وصح للضرور أن يحوله إلى الغير^(٤) .

== التقى من التعويض الخامس بمصته المزاينة في الحق الذى اكتسب المجنى عليه قبل وفاته في المطالبة بالتعويض قضى جنائى ١٩٠٥/٤/٩ بمجموعة أحكام التقضى السنة ٦ رقم ٢٤٦ من ١٩٠٥] .

(١) ودائن الضرور عندما يرفع الدعوى غير المباشرة إنما يكون نائباً عن مدينه (م ٢٣٦ من التقنين المدنى الجديد) فالأولى أن يقال إن دائن الضرور نائب لا خلف . ولكن الدائن يوضع عادة مع الخلف .

(٢) وقيل أن نترك التعويض عن الضرر المادى نعرض لحالة خاصة : إذا كالم الضرر المادى الذى أصاب الضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فأتى في الحال ، فهل يجوز للوارث أن يطالب بالتعويض بوصفه خلفاً للضرور ؟ وهل يجوز للورث إن الموت ضرر مادى يصيب الميت ؟ لا شك في ذلك ، فقد فقد الميت أمن شئ مادى يملكه وهي الحياة . ولا يقال إن كل نفس ذائقة الموت وإن الموت ضرر لا مفر منه وهو قدر محتوم ، ذلك أن الضرور لا يشكو من الموت في ذاته ، بل يشكو من أنه مات موتاً غير طبعى وهذا ضرر لا شك فيه . ولا يقال كيف يضار الميت بالموت ، أقبل الموت وهو لما يمت ، أم بعد الموت والميت لا يجوز عليه الضرر ! ذلك أن الميت قد أحاق به الضرر ، لا يقبل الموت ، ولا بعد الموت ، ولكن عند الموت . ويقتن من ذلك أن هناك ضرراً مادياً أصاب الميت ، فلوارث أن يطالب مكانه بتعويض هذا الضرر ، وكذلك لدائن أن يطلب تعويضاً باسم مدينه الميت (انظر في هذه المسألة ملزو ٢ فقرة ١٩١٢ — وانظر : قضى جنائى في ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ — المجلد ٢٦ رقم ٢١٢ من ٥٦ وتطبيق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول) .

(٣) ولا يقال إن حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المدين ، فلا يجوز لدائن أن يطالب به باسم مدينه . فإن هذا يصح قبل أن تظهر إرادة المدين قاطعة في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي . أما وقد ظهرت في صورة اتفاق مع المسئول أو بالمطالبة القضائية ، فقد أصبح حق التعويض حقاً مالياً كسائر الحقوق المالية ، ينتقل إلى الوارث ، ويجوز لدائن استعماله .

(٤) ولكن لا يجوز للضرور ، قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية ، أن يحول حقه إلى الغير ، لأن

(ج) حق التعويض لكل مضرور :

٦١٧ - **تعدد المضرورين :** قد يتعدد المضرورون من الخطأ الواحد ، ويكون كل مضرور قد أصابه ضرر مستقل عن الضرر الذي أصاب الآخر . مثل ذلك حريق تنشب بخطأ شخص فتحرق منازل عدة ، فصاحب كل منزل قد أصابه بسبب هذه الحريق ضرر مستقل عن الأضرار التي أصابت أصحاب المنازل الأخرى .

وقد يصيب الخطأ الواحد بالضرر شخصين أو أكثر ، ولكن الضرر الذي أصاب أحدهم يكون نتيجة للضرر الذي أصاب الآخرين . مثل ذلك أن يقتل شخص آخر خطأ ، ويكون للمقتول قريب يموله ، خطأ القاتل أصاب المقتول بالضرر ؛ وأصاب بالضرر أيضاً من كان المقتول يموله . والضرر الثاني ليس إلا انعكاساً للضرر الأول ، فهو نتيجة له^(١) والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن الأضرار في الحالة السابقة كان كل ضرر منها

== الحق لا يكون عندئذ قابلاً للانتقال . على أنه إذا فعل المضرور ذلك بعد أن قهر مبلغ التعويض ، وقبل السئول هذه الحوالة ، فإن هذا القول يعتبر اتفاقاً بين السئول والمضرور على مبدأ السئولية ومبلغ التعويض ، فيصبح الحق في التعويض قابلاً للتحويل ، وتصح الحوالة في هذه الحالة .

أما التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن موت المورث فوراً عند الاعتداء على حياته ، فلا يتصور انتقاله إلى الورثة ، لأن المورث مات في الحال ، فلم تنح له فرصة الاتحاق مع السئول ، ولم يتسع الوقت للمطالبة القضائية . وقد يصيب الضرر الأدبي الميت بعد موته في ذكراه ، فيعبد شخص إلى التليل من سمته ، فلا يمكن أن يقال في هذه الحالة إن الميت قد أصابه ضرر من جراء ذلك ، لأن الأموات لا يتضررون . ويترتب على ذلك أنه لا يتصور في هذه الحالة انتقال حق في التعويض من الميت إلى ورثته ، لأن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل إلى الوارث فحسب بل أيضاً لأن الضرر منتف عن الميت بعد موته ، ولكن قد يتأذى الوارث شخصياً من جراء التليل من سمته مورثه ، فيجوز له عندئذ أن يطالب بوصفه أميلاً بتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه . ويجب في اعتبار هذا الضرر الأدبي التوفيق بين واجبين يلزمان من نال من سمته الميت : واجبه كدورخ يسرد الحقائق على وجهها الصحيح خدمة للعلم والتاريخ ، وواجبه في ألا ينال من سمته الأحياء من جراء قصه في سيرة الأموات دون مبرر (انظر في هذه المسألة ما زو ٢ فقرة ١٩٢٢ — فقرة ١٩٢٩) .

(١) ويقول الفرنسيون إن الضرر الثاني هو الارتداد للضرر الأول ، فهو ضرر مرتد (par ricochet) . انظر في التعويض عن الضرر المرتد تعليق الدكتور سليمان مرقس المشار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول .

مستقلا عن الأضرار الأخرى ، أما في الحالة التي نحن بصددھا فالأضرار تتصل فيما بينها اتصال السبب بالسبب .

وفي الحالتين - سواء كانت الأضرار مستقلة بعضها عن بعض أو كانت بعضها لبعض سبباً - يكون لكل مضرور دعوى شخصية مستقلة يرفعھا باسمه خاصة دون أن يتأثر بدعوى الآخرين^(١) . ولا تضامن ما بين المضرورين ، بل يقدر القاضي تعويض كل منهم على حدة .

٦١٨ - الضرر الذي يصيب الجماعة : وقد يقع الضرر على جماعة ، لا على فرد أو على أفراد متعددين ، فمن عسى أن يكون المضرور في هذه الحالة ، هل هم الأفراد الذين تتكون منهم الجماعة ، أو هي الجماعة ذاتها ؟ يجب التمييز هنا بين ما إذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، أو كانت لا تتمتع بهذه الشخصية .

فإذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، كشركة أو جمعية أو نقابة أو شخص معنوي عام ، وجب التمييز بين المصلحة الفردية (intérêt individuel) لأى فرد من الأفراد التي تتكون منها هذه الجماعة ، والمصلحة الجماعية الشخصية (intérêt social personnel) للشخص المعنوي ذاته ، والمصلحة الجماعية العامة (intérêt collectif) التي يقوم عليها هذا الشخص المعنوي باعتباره متممياً إلى حرفة معينة . ولنضرب لذلك مثلاً النقابة - نقابة المحامين أو نقابة الأطباء أو نقابة المهندسين أو نقابة من نقابات المهال أو أصحاب العمل أو أية نقابة أخرى - فكل عضو في هذه النقابة له مصلحة فردية يحميها القانون ، فإذا

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون وأخطأ في تأويله ، إذ خلط بين شروط قبول الدعوى المؤسسة على تقليد الملائقة التجارية وبين شروط الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة وتطلب لقبول الدعوى الأخيرة أن ترفع من مالك العلامة التجارية وعلى من قام بتقليدها مع أن هذا شرط لقبول الدعوى المؤسسة على تقليد العلامة التجارية على عكس الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة فإنها تكون مقبولة من كل من ناله ضرر بسببها وعلى كل من شارك في إحداث هذا الضرر متى توفرت شروطها وهي الخطأ والضرر وقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر .

وقم اعتداء على هذه المصلحة كان لهذا الفرد الضرور دعوى شخصية قبل للسئول ، كما إذا منعت نقابة أحد أعضائها من ممارسة مهنته دون حق فيجوز لهذا العضو أن يرجع على النقابة لحماية مصلحته الفردية . وللنقابة كشخص معنى مصالح جماعية شخصية ، فهي تملك مالا ولها نشاط مهني وتعاقد وتمارس اختصاصاتها المختلفة ، فإذا وقع اعتداء على مصلحة شخصية لها من هذا القبيل ، كانت النقابة كشخص معنى هي للضرور ، كما إذا ارتكب أحد مديري النقابة خطأ في إدارته سبب خسارة للنقابة ، وفي هذه الحالة ترجع النقابة بالتعويض على السئول ، ولا يجوز لأى عضو من أعضاء النقابة أن يعتبر نفسه هو الضرور فيرجع بصفته الشخصية على السئول^(١) . والنقابة كشخص معنى يعمد إليه القانون بالدفاع عن المصالح العامة للمهنة معينة لها أن ترجع على أى شخص اعتدى على هذه المصالح العامة ، ولو لم تكن لها في ذلك مصلحة شخصية . فنقابة المال لها أن ترجع على صاحب عمل لم يراع قوانين العمل في مصنعه ، بأن جعل المال يعملون أكثر من الساعات المقررة للعمل ، أو استخدم الصبية أو النساء دون أن يراعى القيود التى قررها القانون ، حتى لو لم يكن المال أو الصبية أو النساء الذين استخدمهم صاحب العمل أعضاء فى النقابة ، إذ النقابة هنا تمثل المصالح العام لجميع المال سواء كانوا داخلين فى عضويتها أو غير داخلين . أما إذا كان المال داخلين فى عضويتها ، فإنها تكون بذلك قد توفرت لا على مصلحة عامة للمهنة فحسب ، بل أيضاً على مصلحة جماعية شخصية ، وكلتا المصالحتين تبرر رجوعها على صاحب العمل . وقيام للمصلحة الجماعية العامة بتحقيق بالنسبة إلى النقابات دون الشركات والجمعيات ، فإن هذه لا تمثل المصالح العامة للمهنة أو للطائفة التى تنسب إليها . أما الأشخاص المعنوية العامة ، كالدولة والمحافظات والمدن والقرى ، فتختلط بالنسبة إليها المصالح الشخصية بالمصالح العامة ، إذ الدولة تمثل مجموع السكان فمصالح هذا المجموع وهى المصالح العامة هى

(١) انظر فى القضاء الفرنسى وتضارب أحكامه ما زو ٢ ققرة ١٨٧٨ - ٧ إلى ققرة ١٨٧٨ - ١٤ وانظر فى تدخل النقابات أمام القضاء الإدارى فالين فى الرقابة القضائية على الإدارة - القاهرة سنة ١٩٤٩ - س ١١٤ - س ١١٥ .

أيضاً المصالح الشخصية للدولة ، والمحافظة تمثل مجموع سكان المحافظة فصالح هذا المجموع هى المصالح العامة والمصالح الشخصية للمحافظة فى وقت واحد . وهكذا قل عن سائر الأشخاص المعنوية العامة ^(١) .

وإذا كانت الجماعة لا تتمتع بشخصية معنوية ولكنها تنتمى إلى مهنة أو طائفة معينة ، كرجال الجيش ورجال القضاء ورجال الإدارة والمعلمين والخبراء والمحضرين والجامعيين والأزهريين واليهود ومهاجرى فلسطين ، وجب أن نلاحظ أن لهذه الجماعة مصالح عامة . فهل الاعتداء على هذه المصالح يميز للجماعة ، وهى لا تتمتع بشخصية معنوية ، أن ترجع بالتعويض على الممتدى ؟ تقضى القواعد العامة بدم جواز ذلك ، فالجماعة مادامت لا تتمتع بالشخصية المعنوية ليست شخصاً له ذمة مالية ، ولا تستطيع أن تقاضى ولا أن تقاضى ، ولا يمكن أن تترتب مسئولية فى ذمتها ولا أن يكون لها حق فى الرجوع على المسئول . وأكثر ما يكون الاعتداء على المصالح العامة لهذه الجماعات أن يكون اعتداء على مصالحها الأدبية ، كالتفديف فى حقها أو الحط من كرامتها أو تلوين سمعتها . ففى مثل هذه الأحوال لا يجوز لأحد أن يتقدم باعتباره ممثلاً للجماعة يطالب المسئول بالتعويض . وإنما يجوز لأى فرد من أفراد الجماعة — أو أى شخص ممنوى داخل هذه الجمعية كجمعية المعلمين أو نادى الجامعيين أو جمعية إسرائيلية ، أن يطالب المسئول بالتعويض ، ويشترط فى ذلك أن يثبت ليس فحسب أن المسئول قد اعتدى على المصلحة العامة للجماعة ، بل أيضاً أن هذا الاعتداء على المصلحة العامة قد لحقه منه ضرر شخصى ^(٢) .

(١) وكذلك الحال فى التقابيل الإجبارية ، كتنقابة المعلمين وحقابة الأطباء وحقابة المهن الهندسية ، ففى هذه التقابيل التى تجب إجبارياً جميع رجال المهنة تحتل المصالح الشخصية للثقابة بالمصالح العامة للمهنة .

(٢) أظفر فى موضوع الضرر الذى يجيب الجماعة مازو ٢ فترة ١٨٧٨ — فترة ١٨٩٩ .

§ ٣ - المدعى عليه

٦١٩ - المرعى عليه هو المسئول أو نائبه أو خلفه : المسئول هو الذى يكون مدعى عليه فى دعوى المسئولية ، سواء كان مسئولاً عن فعله الشخصى أو مسئولاً عن غيره أو مسئولاً عن الشيء الذى فى حراسته . ويجوز رفع دعوى المسئولية على المسئول عن الغير وحده دون إدخال المسئول الأصلى ، وما على المسئول الذى رفعت عليه الدعوى إلا أن يدخل المسئول الأصلى ضامناً .

ويقوم مقام المسئول نائبه . فإذا كان للمسئول قاصراً ، كان نائبه هو وليه أو وصيه^(١) . وإذا كان محجوراً ، كان النائب هو القيم . وإذا كان مفلساً ، فالسنديك . وإذا كان وقتاً ، فالناظر . وإذا كان رشيداً بالغاً ، فالوكيل .

ويحل محل المسئول خلفه . والخلف هنا هو أولاً الوارث . ولما كان الوارث فى الشريعة الإسلامية لا يرث التركة إلا بعد سداد الديون ، فالتركة تكون هى المسئولة بعد موت المسئول ، وأى وارث يمثل التركة فى دعوى المسئولية . وما على المضرور إلا أن يرفع الدعوى على كل الورثة أو على أحدهم ، فيحكم له بالتعويض قبل من رفع عليه الدعوى ، ويتقاضى حقه كاملاً من التركة . ويجوز أيضاً أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين . كما إذا باع صاحب المتجر متجره واشترط على المشتري أن يفي بجميع الديون التى تثبت فى ذمة المتجر ويكون من هذه الديون تمويل لمتجر آخر بسبب منافسة غير مشروعة . فيكون المدعى عليه فى هذه الحالة هو المشتري للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً للمسئول ، وقد انتقل إليه دين التمويل عن طريق الحوالة ، وحوالة الدين جائزة فى

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت الدعوى المدنية وجهت إلى المتهم القاصر بصفته الشخصية مع أن له من يمثله قانوناً وهو فى هذه الدعوى والده ولم ترفع الدعوى على الوالد بهذه الصفة فإن المحكمة إن قبلتها على الصورة التى رفعت بها تكون قد أخطأت فى القانون . قضى جنائى فى ١٤/٥/١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض السنة ٨ رقم ١٣٩ من ٥٠٩ .]

التقنين المدني الجديد^(١) . ولا يتصور هنا أن يكون المدعى عليه هو دائن المسئول كما تصورنا ذلك في المدعى ، فإنه إذا كان للدائن أن يستعمل حقوق مدينه فليس عليه الوفاء بالالتزامات الدين^(٢) . وإذا كان المسئول شخصاً معنوياً وانحل ، فجميع ماله بعد التصفية يكون مسئولاً عن التعويض^(٣) .

٦٢٠ - تعدد المسئولين : سبق أن ذكرنا أن المادة ١٦٩ من التقنين المدني الجديد قضت بأنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض . فتعدد المسئولين يجعل كل مسئول مدعى عليه ، ويحيطهم جميعاً متضامنين في المسئولية^(٤) . وما داموا متضامنين فإن المدعى يستطيع أن يقيم الدعوى

(١) ويلاحظ أن المشتري في هذا المثل هو خلف خاص للبائع بالنسبة إلى المتجر ، وخلف خاص للبدين (وهو البائع) بالنسبة إلى الدين المحال به . وترفع عليه دعوى المسئولية باعتباره خلفاً خاصاً للبدين . أما إذا لم تكن هناك حوالة للبدين ، فلا يكون مشتري المتجر ملزماً به ولو أنه خلف خاص بالنسبة إلى المتجر (انظر في هذا المعنى : استئناف مخطط في ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ - ٢٢٣ - وفي ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ - ٣٥٠ - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٦٠) .

(٢) ويجوز للدائن في دعوى المسئولية أن يرجع على مدين المسئول بالدعوى غير المباشرة ، ولكن الرجوع في هذه الحالة لا يكون بدعوى المسئولية ذاتها . كما يجوز للدائن أن يجز تحت مدين المسئول جيز ما للبدين لدى الغير .

(٣) مازو ٢ فقرة ١٩٩٩ .

(٤) ومبدأ المسئولية بالتضامن إذا تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع قرره القانون القديم في المادتين ٢١١/١٥٠ كما قلنا : قض جئاني في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٢٧ م ٦٥ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٥٤ م ١١١ - وفي ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٩ م ٧٠ - استئناف وطني في ٨ يونيو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ٤٦٦ (يصح عدم إدخال التابع في الدعوى مع المتبوع إذ هما مسئولان بالتضامن)^١ - استئناف مخطط في ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ م ٢٩٦ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ م ٤١ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ١١١ - وفي ٣ فبراير ١٩٠٣ م ١٥ م ١٢٧ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ١٨٩ - وفي ١٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٣٢٨ .

ويقول دي هلتس (Respons. No. 55) إن التضامن قائم حتى لو لم يذكر في الحكم لأن مصدره =

عليهم جميعاً ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء فيقصر الدعوى عليه دون غيره ، ويطالبه بالتعويض كاملاً^(١) . ذلك أن التضامن يقضى بأن كلا منهم يكون مسئولاً قبل الضرر عن التعويض كله ، ثم يرجع من دفع التعويض على الباقي كل بقدر نصيبه بحسب جسامته الخطأ أو بالتساوى على النحو الذى قدمناه .

ويجب حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين أن تتوافر شروط ثلاثة :

١ - أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ^(٢) . فلا تكون وريثة المسئول متضامنين إلا باعتبار أن التركة هى للسولة ، أما هم فلا تضامن بينهم لأن أحداً منهم لم يرتكب خطأ ، بل اللورث هو الذى صدر منه الخطأ .

٢ - أن يكون الخطأ الذى ارتكبه كل منهم سبباً فى إحداث الضرر ، فإذا أطلق جماعة من الصيادين خطأ بنادقهم فى وقت واحد ، فأصيب أحد العابرة برصاصة من أحدهم ، فإن الباقي لا يكونون مسئولين معه بالتضامن لأن الأخطاء التى وقعت منهم لم تكن سبباً فى إحداث الضرر ، بل لا يكونون مسئولين أصلاً لأنهم لم يحدثوا ضرراً ما .

= القانون . ولكن محكمة مصر الكلية الوطنية قضت بأنه إذا حكم بالتعويض وأغلقت المحكمة ذكر التضامن ، فطالب التعويض أن يطلب منها تقدير الحكم والنس على التضامن لئلا الإشكال فى التنفيذ (٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٥١ س ٣٤٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى المدنى رفع دعواه المدنية أمام محكمة أول درجة على التهم هو وأخر ، فقضت المحكمة بالمحك على الطاعن بالقوبة وبالتعويض المدنى ، وبرأت التهم هو الآخر ورفضت الدعوى المدنية قبله ، فلم يثبت المدعى المدنى واستأنفت النيابة . فقضت المحكمة الاستئنافية بإدانة التهم الآخر المحكوم ببراءته اجتهادياً وأيدت الحكم الابتدائى على الطاعن ، ولما لم تكن الدعوى المدنية قد استؤثرت أمامها بالنسبة إلى هذا الآخر فلم يكن هناك سبيل للحكم عليه بشئ من هذا التعويض ، وليس هناك ما يمنع قانوناً من إلزام الطاعن وحده بتعويض كل الضرر الناشئ عن ارتكابه الجرمية ولو ارتكبهما مع غيره (قض جنائى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٧٠ س ٨٤) .

(٢) [قضت محكمة النقض بأن التضامن فى التعويض بين المسئولين عن العمل الضار واجب طبقاً للمادة ١٦٩ من القانون المدنى يستوى فى ذلك أن يكون الخطأ عمدياً أو غير عمدى .
قض جنائى فى ٢٥/٣/١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ٢٤١ س ٦٤٩] .

٣ — أن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون ، أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد^(١) . فإذا سرق أحد المصوص عجلة السيارة ، وجاء لص آخر فسرقت من السيارة بعض الآلات ، لم يكن المصان متضامنين لأن كلا منهما أحدث بخطئه ضرراً غير الضرر الذى أحدثه الآخر^(٢) .

هذه هي الشروط الثلاثة التى يجب توافرها ليكون المسئولون المتعددون متضامنين فى المسئولية . ومتى توافرت تحقق التضامن دون حاجة لأى أمر آخر . فلا ضرورة لأن يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين أو أن ترتكب الأخطاء فى وقت واحد ، فإذا حاول لص سرقة منزل فنتقب فيه نقباً ثم ذهب يستحضر ما يستعين به على السرقة ، فأنتى

(١) وقد يكون أحد المسئولين أحدث الضرر كله والآخر لم يحدث إلا بعضه ، فيكونان مسئولين بالتضامن فى البعض الذى اشتركا فيه ، ويفرد الأول بالمسئولية عما استقل بإحداثه . مثل ذلك غنى بعض الأشياء المسروقة ، تقتصر مسئوليته بالتضامن مع السارق على مقدار ما أخفى (نقض جئائى فى ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ، ٤٩ س ٧٠ — وأظر أيضاً محكمة مصر الابتدائية المختلطة فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ س ١٧٤) .

أما إذا لم يثبت أن الضرر واحد ، كله أو بعضه ، فلا تضامن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الواقعة الناتجة هي أن أحد المتهمين ضرب المجنى عليه فأصاب موضعاً من جسمه ، والآخر ضربه فأصاب موضعاً آخر منه ، وكانت الدعوى لم ترفع على أساس اتفاق أو إصرار سابق من المتهمين على الاعتداء ، فإنه يجب إذا كانت المحكمة ترى الحكم عليهما بالتضامن فى التعويض أن تبين فى حكمها الأساس الذى تقيمه عليهما يتفق والأصول الرسومة له فى القانون ، فتذكر وجه مساءلة كل من المحكوم عليهما عن الضرر الناشئ من الضريتين مجتمعين لا عن الضريبة الواحدة التى أحدثها هو . فإذا هي لم تفصل ولم تعرض للتضامن ، فإن المسئولية لا تكون تضامنية ولا تصح مطالبة كل منهما إلا بنصف المبلغ المحكوم به عليهما فقط (نقض جئائى فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٥ المحلما ١٧ رقم ١٠٣ س ٢٥٤) .

(٢) فتجب إذن وحدة الضرر واشتراك كل المسئولين فى إحداثه : استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٩١١ م ٢٤ س ٣٢٤ — وفى ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ س ١٥٥ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ س ٤٣٥ — محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ س ٢٠٣ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه لا عمل لتضامن المتهم فى التعويض عند اختلاف الضرر واستقلال كل منهم بما أحدثه ولو وقت تلك الأفعال جميعاً فى مكان واحد وزمان واحد : نقض جئائى فى ١١/١٠/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٨ س ٤٩] .

لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من النقب وسرق المنزل ، فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن^(١) . ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملاً واحداً أو جريمة واحدة^(٢) ، فقد يكون أحدهما عمداً والآخر غير عمد ، وقد تختلف جسامه الأخطاء فيقترب

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لترتب التضامن أن تتحد لإرادة الفاعلين مجرد اتحاد وقتي غير مسبوق باتفاق على الاعتداء على المجني عليه ، وأن يقترب كل منهم هذا الاعتداء أو يشترك فيه (نقض جنائي في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ من ٨١٩ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ من ١٠٩ - وفي ١١ يولية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤/٢٠٤ من ٤٠٠) .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أثبت المحكم اتحاد الفكرة وتطابق الإرادة لدى المتهمين على الضرب وقت وقوعه ، فإنهم جميعاً يكونون مسئولين متضامين مدنياً عما أصاب المجني عليه والمدمى بالحق البدني من ضرر عن إصابته ووفاته أخيه بسبب الإعتداء الذي وقع عليهما من المتهمين جميعاً أو من أى واحد منهم ، ولا يؤثر في قيام هذه المسئولية التضامنية قبلهم عدم ثبوت اتفاق بينهم على التمدي ، فإن هذا الاتفاق إنما تقتضيه في الأصل المسئولية الجنائية عن فعل الغير - أما المسئولية المدنية فتبني على مجرد تطابق الإرادات ولو بغاية بغير تدبير سابق على الإيذاء فضل غير مشروع ، فيمكن فيها أن تتوارد الخواطر على الاعتداء وتتلاق إرادة كل منهم مع إرادة الآخرين على ارتكابه ، ومهما يحصل في هذه الحالة بين الضارين وغير الضارين في المسئولية الجنائية فإن المسئولية المدنية تهمهم جميعاً (نقض جنائي في ١١/١٢/١٩٦١ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٢ من ٩٦٩ رقم ٢٠١) .

وبنفس المعنى نقض جنائي ١٦/٦/١٩٥٨ بمجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ١٧١ من ٦٧٦] .

[على أن عدم توافر سبق الإصرار والنزعد لا يتعارض مع اتحاد إرادة الجانحين على الاعتداء واشترائهما معاً فيه ، وهو ما قضت به محكمة النقض حيث قررت أنه إذا ثبت المحكمة حكماً بانعدام المسئولية التضامنية بين الفاعلين على عدم توافر الظرفين المشار إليهما دون أن تقتضي اتحاد إرادتهما على الاعتداء واشترائهما معاً فيه ، فإن المحكم يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

نقض جنائي في ١٣/١٢/١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٩٧ من ٢٨٨] .

(٢) فقد يكون أحد المخطئين سرقة والمخطأ الآخر إخفاء لأشياء مسروقة ، وقد قضت محكمة النقض بأن من يشتري المسروق مع علمه بمقتضى الأمر فيه يكون مسئولاً مع السارق بطريق التضامن عن تعويض الضرر الذي أصاب المجني عليه ، ولو أنه بعد في القانون مخفياً لاسارفاً ، وذلك على أساس أن كلا منهما قد عمل على احتجاز المال المسروق عن صاحبه (نقض جنائي في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٢٤ من ٥٤٣ . وانظر أيضاً نقض جنائي في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٢٢ من ٤٩) . وقد يكون أحد المخطئين جنابة قتل والمخطأ الآخر جنحة ضرب ، وقد قضت محكمة النقض بأن المسئولين متضامنون سواء فيهم من حكم عليه بجنابة القتل أو من حكم عليه بجنحة الضرب (نقض جنائي في ١٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧ من ٩ - استئناف مصر الوطنية في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢/٣١٩ من ٤٩٠) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تطابقت إرادة اثنين فأكثر على إيذاء إنسان ولتمدى عليه ، فضرره بعض وقتله بعض ، كانوا مسئولين بالتضامن لورثته عن التعويض ، ومتساوين في المسئولية المدنية ولو لم يصادلوا في المسئولية الجنائية ، وكان فصل أحدهم جنابة وفصل =

خطأ جسيم بخطأ يسير ومع ذلك يكون صاحب الخطأ اليسير متضامناً مع صاحب الخطأ الجسيم ، وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثاني مدنياً ، أو يكون أحدهما عملاً ويكون الآخر امتناعاً عن عمل . مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً فيدخل لص ويسرق المنزل ، ففي هذه الحالة يكون الخادم واللص متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين ، فأحدهما عمد والآخر غير عمد ، وأحدهما جنائي والآخر مدني ، وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل . وقد تكون الأخطاء كلها نتيجة أو مقترضة ، أو يكون بعضها ثابتاً وبعض مقترضاً ، فسائق السيارة ومالكها مسئولان بالتضامن عن خطأ السائق وخطأ الأول ثابت وخطأ الآخر مقترض ^(١) .

== الباقين جنحة (١٤ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٠ ص ١١٤٦) . وقد لا يعرف من من المسؤولين هو الذي قتل ومن منهما اقتصر على الضرب ، فيكونان بالأولى متضامنين ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت بالحكم أن المتهمين وفرضهما حضروا معاً لحل الحادثة ، وكان كل منهم عاقداً النية على الاعتداء على فريق المحي عليه بسبب مضاربة سابقة وقعت بين بعض أفراد الفريقين ، وتنفيذاً لهذا الغرض ضرب كل من المتهمين بحضور الآخر وعلى مرأى منه المحي عليه المذكور فأحدثنا به الإصابات التي أدى بعضها إلى وفاته ، فالقضاء عليهما متضامنين بالتعويض للمدعي بالحق الذي عن وفاة المحي عليه لا مخالفة فيه للقانون ، لأن كلا منهما يعتبر مسئولاً من الوجهة المدنية عن الوفاة ، ولو أن المحكمة لم تستطع تعيين من منهما أحدث الإصابة التي نفا الموت عنها (قضى جنائي في ٢ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠ ص ٣٣ — انظر أيضاً قضى جنائي في ١٧ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨ ص ٤١) . وقد يرأ أحد المتهمين من التهمة الجنائية ومع ذلك يبقى متضامناً مدنياً مع المتهم الذي أدين جنائياً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة برأت المتهم من تهمة السرور في القتل إلا أنها أقرت قضاءها بإلزامه بالتعويض مع المتهم الآخر الذي أدين بهذه الجريمة على ما قالته من أنه كان معه وقد سلمه السلاح الذي استعمل في الجريمة ، ثم اتحد الاثنان في فكرة الاستيلاء على السيارة من طريق التعرض للمدعي الذي أودعته ، وتطور الموقف إلى صدور أفعال منها استفزت المدعي وكان لها بعض الأثر في وقوع الجريمة التي ارتكبها زميل الطاعن ، وأن كل هذه الأفعال وإن كانت لا ترقى بالنسبة إليه إلى مرتبة الاثاق التي وقعت جريمة السرور في القتل بناء عليه ، إلا أن توافق الإثتين على التعرض رغبة في الحصول على السيارة لتنفيذ حلقة من حلقات الاثاق الجنائي العام القائم بينهما وآخرين ، والأفعال التي صدرت عنهما وكان من نتيجتهما استفزاز المدعي كان لها أثرها بالنسبة إلى الطاعن وبالتالي في الضرر الذي حاق بالمدعي — وهذه الظروف مجتمعة تجعل الاتيين مسئولين مدنياً بالتضامن عن تعويض ذلك الضرر (قضى جنائي في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٩ محاماة ٣٠ رقم ١٢٧ — ص ١٣٠) .

(١) [على أن مسئولية المتبوع بالتضامن عن خطأ التابع ترجع إلى كون المتبوع في حكم الكفيل بالتضامن ككالة مصدرها نص المادة ١٧٤ من القانون المدني ولذلك يحل المتبوع على الدائن المحكوم له بالتعويض في حقوقه ويكون له الحق في الرجوع على التابع المخطئ بجميع ما دفعه من تعويضات .
تقضى مدني في ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام التقضى السنة ٦ / رقم ٣٥ ص ٢٧٠] .

وقد يكون أحد الخطأين عقدياً ما دام الآخر خطأ تقصيرياً . فإذا تآقّد عامل فني مع صاحب مصنع أن يعمل في مصنّه مدة معينة ، وأخلّ بتعهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل في مصنع آخر منافس بتعريض من صاحبه ، كان العامل الفني وصاحب المصنع المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول كل منهما عن تعويض كامل . وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل الفني مسئول عن تعويض كامل لأنه أخلّ بالتزامه العقدي ، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جله مسئولاً ، فيكون كل منهما مسئولاً عن تعويض ضرر واحد تعويضاً كاملاً . وهذه ايست مسئولية بالتضامن (solidarité) بل هي مسئولية بالتضامن (in solidum) . وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدي والتقصيري غير عمد ، كما إذا ارتكب أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة كبيرة ، فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضاً خطأ بأن كان يسير من جهة الشمال ، فخطأ أمين النقل هنا خطأ عقدي غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ تقصيري غير عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية بالتضامن (in solidum)^(١) . ويلاحظ في المثالين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدي لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيري فيكون مسئولاً أيضاً عن الضرر غير المتوقع ما دام ضرراً مباشراً ، فالمسئولية المجمعة إنما تقوم بينهما فيما يشتركان في التعويض عنه وهو الضرر المتوقع ، وينفرد مرتكب الخطأ التقصيري بالمسئولية عن الضرر غير المتوقع . والفرق بين المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية بالتضامن (in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لا تشارك فيها المسئولية بالتضامن ، فالمسئولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضاً فيما ينفع لافيا يضر . فإذا تعالّج الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تسبّب الوكيل في عقد بخطئه في إخلال الموكل بتعهده كان مسئولاً معه بالتضامن (استئناف مختلط في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٢) . والصحيح أن المسئولية هنا مسئولية بالتضامن لا مسئولية بالتضامن ، لاجتماع خطأ عقدي مع خطأ تقصيري . وسنرى أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت من جهة أخرى في بعض أحكامها بأن المسئولية عند تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية تكون مسئولية بالتضامن لا مسئولية بالتضامن ، وهذا أيضاً غير صحيح .

براعة القمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقيون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لا يتغذى في حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤) . وإذا أقر أحد المسئولين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين ، وإذا نكل أحد المسئولين المتضامنين عن الدين أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها فلا يضار بذلك باقي المسئولين ، وإذا اقتصر الدائن على توجيه الدين إلى أحد الدينين المتضامنين خلف فإن المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥) . وإذا صدر حكم على أحد المسئولين المتضامنين فلا يحتاج بهذا الحكم على الباقيين . أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقيون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمسئول الذي صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦) . وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المسئولين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المسئولين (م ٢٩٢ فقرة ٢) . وإذا أعذر الدائن أحد المسئولين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المسئولين ، أما إذا أعذر أحد المسئولين المتضامنين الدائن فإن باقي المسئولين يستفيدون من هذا الإعذار (م ٢٩٣ فقرة ٢) . وسنعرض لهذه الأحكام تفصيلاً عند الكلام في التضامن . ونجتزئ هنا بالإشارة إلى أن هذه الأحكام هي خاصة بالمسئولية التضامنية دون المسئولية بالتضامن ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين ^(١) .

(١) وفي التفتين المدني الفرنسي لا يوجد نص على التضامن عند تعدد المسئولين ، ومن ثم لجأ الفقه والقضاء في فرنسا إلى فكرة المسئولية بالتضامن (in solidum) فأقاموها بين المسئولين المتضامنين (انظر مازو ٢ فقرة ١٩٦١ — ١٩٦٩) . أما في التفتين المدني المصري ، القديم والجديد ، فإن النص على التضامن موجود كما قدمنا . لذلك نكون المسئولية بين المسئولين المتضامنين في مصر مسئولية بالتضامن لا مسئولية بالتضامن ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها بأنه إذا تعدد المسئولون فالمسئولية بينهم لا تكون مسئولية تضامنية (solidarité) بل مسئولية بالتضامن (in solidum) : استئناف مختلط ق ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٢١٣ — وفي ٢٣ يولية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٢٧٦ (وجعلت المحكمة هنا القسمة فيما بين المسئولين بالتساوي لا بحسب جسامه الخطأ) — وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ١٤٣ . وقد أغفلت هذه الأحكام النص الصريح على التضامن الذي ورد في التفتين المدني المصري . ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا رُفِعَ الضرر الدعوى على أحد من المسئولين ، جاز له أن يطلبه بالتعويض كاملاً ، ولهذا أن يرجع على سائر المسئولين كل بقدر نصيبه . استئناف مختلط ق ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ =

والمسئولية بالتضامن إنما تكون في علاقة المضرور بالمسؤولين المتعددين^(١) ، أما فيما بين المسؤولين المتعددين أنفسهم فيقسم التمييز بينهم بحسب جسامه الخطأ على الرأي السائد في القضاء كما أسلفنا الذكر^(٢).

٦٢١ — المسؤول إذا ارتكب الخطأ جماعاً : إذا لم تكن الجماعة متمثلة بشخصية معنوية ، فلا يمكن بوصفها جماعة أن ترتكب خطأ . وإنما يرتكب الخطأ في هذه الحالة

== م ٤١ ص ٣١٣ — وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ ص ٢٠٢ — وفي ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤ — وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٦ .

والصحيح أن المسؤولية في مصر ، في حالة تعدد المسؤولين ، تكون مسئولية تضامنية بجميع خصائصها المتقدمة الذكر ، لا مجرد مسئولية بالتضامن . وهذا ما ذهب إليه الفقه والكثرة الغالبة من أحكام القضاء . ومن الأمثلة على تضامن المسؤولين عند تعددهم تهيار بناء مملوك في الشبوع ، فيكون الملاك في الشبوع مسؤولين بالتضامن عن الضرر الذي أحدثته انهيار البناء (استئناف مختلط في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ — وفي ٨ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١١٤ . وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٨) ، وبأنهم المقار يمثلون غشاً أن المقار خال من الرهون ، فيكونون مسؤولين بالتضامن (استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٧٧) ، والمفتركون في اغتصاب شيء واحد يكونون مسؤولين بالتضامن (استئناف مختلط في ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٧) ، وكذلك المتواطئون على الفس (استئناف مختلط في ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٩ — وفي ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) ، وكذلك المفتركون في منافسة غير مشروعة (استئناف مختلط في ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٣٥) .

(١) فإذا كان الخطأ مشتركاً ، بأن كان المضرور قد ارتكب خطأ ساعد على إحداث الضرر ، وكان المسؤول شخصين متضامين ، فقد قدمنا أن المضرور يرجع بثأ التمييز على المسؤولين بالتضامن ، ولا يجوز لهما أن يدفعا هذا التضامن بأن المضرور مسئول هو أيضاً عن الضرر ، فيكون متضامناً مهماً ، ويكون رجوعه عليهما هو رجوع المسؤول المتضامن على سائر المسؤولين المتضامين ، فلا يرجع على كل مسئول إلا بقدر نصيبه . ذلك أنه يرجع عليهما كضرور لا كمسؤول متضامن .

(٢) استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٨ (شريكان في منى على الشبوع ، فانهار المبنى وأصاب الغير بالضرر ، واعتبر الشركاء مسؤولين بالتضامن قبل المضرور ، أما فيما بينهما فقد قسم التمييز بنسبة نصيب كل منهما في الباقي) . ونقض بعض الأحكام ، دون مبرر ، بعدم رجوع المسؤول الذي دفع التمييز كاملاً على المسؤول معه ، إذا كان الخطأ الذي ارتكبهما ، يعتبر غشاً ، كما إذا اشتركا في النصب (استئناف مختلط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٠) ، أو في السرقة (استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٩) ، أو في التقليد الزور (استئناف مختلط في ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٢) .

عضو أو أكثر من أعضاء هذه الجماعة أو جميع الأعضاء ، ولكن باعتبارهم أفراداً لا جماعة .

وإذا كانت الجماعة متمتعة بالشخصية المعنوية فالأمر يختلف ، إذ يجوز كإقدامنا أن يرتكب الشخص المعنوي خطأ تترتب عليه المسؤولية المدنية^(١) . والمسئول الذي تقام عليه الدعوى هو الشخص المعنوي ذاته لا ممثلوه . فهؤلاء إتمام أعضاؤه (organes) التي يعمل بواسطتها ويريد عن طريقها^(٢) . ولكن هذا لا يمنع من أن الخطأ الذي يرتكبه في الوقت ذاته ممثلوه بوصفهم أفراداً ، فيكون المسئول هو الشخص المعنوي والممثلون متضامنين جميعاً في المسؤولية . فإذا دفع الشخص المعنوي التعويض رجع على ممثليه بكل ما دفع دون أن يخص نصيباً عن مسؤوليته ، لأنه لا مسؤولية عليه في العلاقة فيما بينه وبين ممثليه ، إذ هم الذين ارتكبوا الخطأ في الواقع . وإذا دفع الممثلون التعويض فلا رجوع لهم على الشخص المعنوي . وقد يكون ممثل الشخص المعنوي تابعاً له كمدبر الشركة ، فتتحقق مسؤولية الممثل إما باعتباره تابعاً أو بصفته الشخصية ، وفي الحالة الأولى تتحقق مسؤولية الشخص المعنوي باعتباره متبوعاً .

الطلب الثاني

الطلبات والدفع

§ ١ - طلبات المدعى

٦٢٢ - سبب الدعوى : مهما تنوعت الطرق والوسائل (moyens) التي يستند إليها المدعى في تأييد طلباته ، فإن سبب (cause) دعواه واحد لا يتغير : إخلال المدعى

(١) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ س ١٠ - وقد تتحقق المسؤولية الجنائية في أحوال قليلة ، فتوقع على الشخص المعنوي عقوبة جنائية ، كالحلل والإغلاق والمصادرة والغرامة .

(٢) وكما أن الدعوى لا تقام على القراع أو على الرأس في حالة الشخص الطبيعي ، فهي كذلك لا تقام على الممثلين في حالة الشخص المعنوي (مازو ٢ فقرة ١٩٨٨) .

عليه بمصلحة له مشروعة . وسواء كانت حجته أو دليله على هذا الإخلال خطأ عقدياً ارتكبه المدعى عليه أو خطأ تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيري خطأ ثابتاً أو خطأ مفترضاً ، وسواء كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل ذلك ، فليست هذه كلها إلا وسائل يستند إليها المدعى في دعواه . وقد ينتقل من وسيلة إلى وسيلة ، فيستند أولاً إلى الخطأ التقصيري ، ثم يتركه إلى الخطأ العقدي ، ثم يرجع بعد ذلك إلى الخطأ التقصيري ولكن يدعيه مفترضاً ، فهو في ذلك كله قد غير الوسائل التي يستند إليها دون أن يغير سبب دعواه .

ويترب على ذلك أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى النصوص الخاصة بالخطأ التقصيري الثابت ، فلا بد طالباً جديداً في الاستئناف أن يستند إلى خطأ تقصيري مفترض أو إلى خطأ عقدي . بل يجوز للقاضي ، وقد رفعت الدعوى أمامه بالاستناد إلى الخطأ التقصيري الثابت ، أن يبنى حكمه على خطأ تقصيري مفترض أو على خطأ عقدي دون أن يكون بذلك قد قضى في شيء . لم يطلبه الخصوم ، فهو إنما استند إلى وسائل لم تبدها الخصوم وهذا جائز . ولكن لا يجوز للمدعى أن يغير الوسائل التي يستند إليها لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذ لا يجوز إبداء وسائل جديدة أمام هذه المحكمة .

ويترب كذلك على ما قدمناه أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى الخطأ العقدي مثلاً ، فرفضت الدعوى ، فإن الحكم يجوز قوة الشيء المقضى ، ولا يستطيع المدعى أن يعود إلى القضاء مستنداً إلى الخطأ التقصيري . والعكس صحيح . ذلك أن السبب لم يتغير بالانتقال من نوع من الخطأ إلى نوع آخر ، ولم تتغير كذلك الخصوم والوضوح ، وهذه هي شروط الشيء المقضى .

أما القضاء الفرنسي فقد جرى على أن المدعى لا يجوز له أن يعدل عما استند إليه من الخطأ ، فيترك الخطأ التقصيري مثلاً إلى الخطأ العقدي ، أو يترك الخطأ الثابت إلى الخطأ المفترض ، وإلا كان ذلك طالباً جديداً لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة أمام محكمة

الاستئناف^(١) . كذلك إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من الخطأ ، لم يحز الحكم قوة الشيء المقضى بالنسبة إلى نوع آخر ، وجاز رفع دعوى المسؤولية من جديد على أساس نوع من الخطأ يختلف عن النوع الذى رفضت الدعوى على أساسه من قبل . ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضى ، لأن السبب — وهو هنا نوع الخطأ — قد تغير^(٢) .

وقضاء محكمة النقض عندنا ، فى دائرتها الجنائية ، يتفق مع القضاء الفرنسى^(٣) .

(١) فالفقهاء ورجال العمل فى فرنسا ينصون المدعى أن يستند فى دعواه إلى جميع النصوص الخاصة بالمسؤولية — عقدية كانت أو تقصيرية — حتى لا تفلت منه فرصة فى كسب دعواه مهما كان رأى القاضي فى الوسيلة التى يجب أن تستند إليها الدعوى (انظر فى القضاء الفرنسى وقى تقدمه مازو ٣ فقرة ٢٠٩٧ — فقرة ٢١٠١) .

(٢) انظر فى الموضوع مازو ٣ فقرة ٢١٠٢ .

(٣) وقد أصدرت الفائرة الجنائية لمحكمة النقض أحكاماً عدة فى هذا المعنى . فقضت بأنه إذا كانت الدعوىان العمومية والمدنية قد رفضتا على التهم على أساس أنه قارف بنفسه فعل الضرب الذى وقع على عين المدعى عليه وسبب له الضرر المطلوب من أجله التعويض ، واستمر النظر فيها على هذا الأساس طوال المحاكمة ، فإن المحكمة إذا داخلها الشك فى أن التهم ضرب المحبى عليه ، ولم تر أنه قارف أية جريمة أخرى يكون من سلطتها أن تحاكمه عليها ، فبرأته لعدم ثبوت التهمة عليه ، وتباً لذلك رفضت الدعوى المدنية القائمة على أنه ارتكب بنفسه الفعل الضار ، تكون قد أصابت إذ لم يكن فى وسعها أن تحكم بغير ما حكمت به . ذلك لأن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥١ من القانون المدنى باعتبار المدعى عليه مسئولاً عن فعل نفسه تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ من القانون المذكور باعتبار المدعى عليه مسئولاً عن فعل غيره ، وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن تغير السبب الذى تقام عليه الدعوى أمليها وإلا تكون قد تجاوزت سلطتها ، وحكمت بما لم يطلب منها الحكم به (قضى جنائى فى أوله فبراير سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص ٤٨٠) .

وقضت أيضاً بأنه ما دامت قد رفضت على أساس المسؤولية التقصيرية ، والمدعى لم يطلب أن يقضى له فيها بالتعويض على أساس المسؤولية التقاعدية — لأن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية — فليس للمحكمة أن تتبرع من عندها بتبني الدعوى على سبب غير الذى رفضها صاحبها به ، فإنها إذ تفعل تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها المحصوم ، وهذا غير جائز فى القانون (قضى جنائى فى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

وقضت كذلك بأنه ما دامت الدعوى المدنية قد رفضت أمام المحكمة الجنائية ، فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذى قارف الجريمة المطلوب التعويض عنها ، وأن المتهمين الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى قصير فى الواجبات التى يفرضها عليه المقد البرم بينه (وهو مستخدم ببنك التليف) وبين المدعى بالحقوق المدنية (وهو بنك التليف) والآخر لم يثبت وقوع أى قصير منه ، إذا انتهت =

وأما قضاؤها في الدائرة المدنية ، فلي العكس من ذلك يتفق مع الرأي الآخر الذي قدمناه ، وهو الرأي الذي نرجحه ، فقد قضت بأن الراجع في باب قوة الشيء المحكوم فيه هو اعتبار كل ما تولد به للضرورة حق في التمييز عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه — كل ذلك هو السبب المباشر للولد للدعوى بالتمييز مهما تنوعت أو تمددت علل التمييز أو أسبابه ، لأن ذلك جلياً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens).
فهما كانت طبيعة المسؤولية التي بحثها القاضي في حكمه الصادر برفض دعوى التمييز ، ومهما كان النص القانوني الذي استند إليه المدعي في طلباته أو النص الذي اعتمد عليه القاضي في حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع الضرر من إقامة دعوى تمييز أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالاً بالافتضاء على انتفاء مسؤولية المدعي عليه قبل

الحكمة إلى ذلك يكون متيناً عليها ألا تقضى بالتمييز إلا على الجرعة ، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للتهمين الآخرين ، لأن حكمها على التهم الذي خالف شروط القيد لا يكون إلا على أساس المسؤولية التضامنية وهو غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامها ، وهذا لا يجوز في القانون ، ولأن حكمها بالتمييز على التهم الآخر ليس له ما يبرره ما دام لم يثبت وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها أن تحكم بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بالنسبة للتهمين أحدهما أو كليهما لرفضها فردود بأنه ما دامت الدعوى قد رفضت على أساس انعدام المسؤولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعي بالحقوق المدنية وليس من شأنه أن يمنعه من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسؤولية التضامنية (تقضى جنائي في ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ المأماة ٢٦ رقم ٣٧ من ٨١) .

[وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى رفضت الدعوى المدنية إلى المحكمة على أساس مساءلة من رفضت عليه عن فعله الشخصي فلا يجوز لها أن تغير سبب الدعوى وتحكم من تلقاء نفسها بمساءلته عن فعل تابعه ، وإلا فإنها تكون قد خالفت القانون : تقضى جنائي في ٢٨/١١/١٩٥٠ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال ٢٥ عاماً من ٦٤٣ رقم ٢١٨ كما قضت في حكم آخر بأنه إذا كانت دعوى التمييز مؤسسة على مسؤولية الطاعن عن الضرر الذي نشأ عن خطأ تابعه ، لحكمت المحكمة ببراءة التابع وقضت بالتمييز على الطاعن تأسيساً على خطئه هو ، فإنها تكون قد خالفت القانون ، إذ لم تلزم الأساس الذي أقيمت عليه الدعوى ، وكان يتعين على المحكمة مع ثبوت عدم وقوع خطأ من التابع أن ترفض الدعوى المدنية الموجهة إلى الطاعن باعتباره مسئولاً عن الحقوق المدنية بالتضامن مع تابعه . — تقضى جنائي في ١٧/١/١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ١٤٥ من ٣٨٤] .

وانظر تطبيقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني ، وهو يعارض البطل الذي أخذ به هذا الحكم ويؤيد الرأي الصحيح الذي أخذنا به — وانظر تطبيقاً آخر في هذا للمعنى في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ من ٢١٩ — من ٢٣٨) .

المدعى عما ادعاه عليه أياً كانت المسؤولية التي أسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله في دعوى التمييز ، وإن لم يتناول به البحث بالقلم فيها ، ولم يكن ليبرر الحكم للمدعى على خصمه بتمييز ما^(١).

٦٢٣ - موضوع المهرى : وموضوع دعوى المسؤولية هو التمييز عن الضرر ، يقدره المدعى كما يرى . ولا يجوز للقاضي أن يزيد عما طلبه المدعى ولا يقضى فيما لم يطلبه المصوم ، ولكن يجوز له أن يقضى بأقل . كذلك لا يجوز للمدعى أن يزيد مقدار ما يطلبه من التمييز في الاستئناف لأول مرة ، لأن ذلك يعد طلباً جديداً .

ولكن كيفية التمييز قد تتغير دون أن يكون في ذلك تعديل في الطلبات . فقد يطلب المدعى مبلغاً من النقود فيحكم للقاضي بإيراد مرتب ، وقد يطلب تمييزاً عينياً فيحكم له القاضي بتمييز نقدي . وقد يغير المدعى من كيفية التمييز التي يطلبه لأول مرة في الاستئناف فيجوز ذلك ، كما لو طلب تمييزاً نقدياً أمام المحكمة الابتدائية ، ثم طلب في الاستئناف تمييزاً عينياً مصحوباً بتهديد مالى .

§ ٢ - دفع المدعى عليه (التقادم)

٦٢٤ - المرفوع : يدفع المدعى عليه دعوى المسؤولية بأحد أمرين : إما أن ينكر قيام المسؤولية ذاتها فيدعى أن ركناً من أركانها لم يتوافر من خطأ أو ضرر أو سببية ، وإما أن يعترف بأن المسؤولية قامت ولكنه يدعى أن الالتزام للترتب عليها قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام . وفي كل ذلك تطبق القواعد العامة^(٢) .

(١) قطن مدني في ٥ يناير سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ - ص ٤٥٢ .

(٢) وقد قلنا أن هناك دسماً خاصاً بدعوى المسؤولية المدنية ، وإذا رست أمام المحكمة المدنية عن :-

٦٢٥ — **الرفع بالتقادم** : والذي يعنينا الوقوف عنده قليلا هو التقادم . فقد أدخل التفتين المدني الجديد تمديلا هاما في هذا الصدد ، وبعد أن كانت دعوى المسؤولية تتقدم كثيرا من الدعاوى بخمس عشرة سنة صارت تتقدم أيضا بثلاث سنوات على تفصيل نوردته فيما يلي :

نصت المادة ١٧٢ من التفتين المدني الجديد على ما يأتي :

« ١ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع باقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه للضرر بجلوئ الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى في كل حال باقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع » .

« ٢ — على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية » ^(١) .

== جريمة رفض الدعوى الجنائية في شأنها أمام المحكمة الجنائية . فإن الدعوى الجنائية تفت من سير الدعوى المدنية حتى يفصل نهائيا في الدعوى الجنائية . وهنا ما يبر عنه الفرنسيون بقولهم : *Le criminel tient le civil en état* وقد وردت هذه القاعدة في قانون الإجراءات الجنائية الجديدة في المادة ٢٦٥ على الوجه الآتي : إذا رفضت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية ، يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائيا في الدعوى الجنائية للقامة قبل رفضها أو في أثناء السير فيها . على أنه إذا أوقف الفصل في الدعوى الجنائية لبنون التهم فصل في الدعوى المدنية » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « ١ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع باقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المصاب بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه . وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال باقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ — على أنه إذا كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة تقرر لسقوط الدعوى الجنائية فيها مدة أطول ، فإن هذه المدة هي التي تسقط بها الدعوى المدنية » . وفي لجنة المراجعة نوقشت المادة مناقشة طويلة ، ورأى بعض الأعضاء أنه لا توجد علاقة ما بين إسقاط دعوى التعويض المدنية وسقوط الدعوى الجنائية ، ولكن الأغلبية رأيت إبقاء الحكم على أصله مع تقديم الفقرة الثانية بحيث تكون استثناء لمدة الثلاث السنوات لا من مدة الخمس عشرة سنة ، وأصبح النص النهائي ==

التي أقرتها اللجنة هو : « تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع باقتضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثته إلا إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جرمه تسقط الدعوى الجنائية فيها بعدة أطول ، فإن هذه المدة هي التي تسقط بها دعوى التعويض . — وتسقط دعوى التعويض في جميع الأحوال باقتضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . » وأصبح رقم المادة ١٧٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على جعل يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثته مبدأ لسريان التقادم التصير وهو ثلاث سنوات لأنه لا بد من تعيين معيار مادي لبدا سقوط ظلمات القضية يجب تحديدها بواقعة مادية ، أما العلم فقد يثير إشكالات لا تنتهي ، ولكن اللجنة تبنت أن كل التشريعات الحديثة أخذت يبدأ المدة القصيرة للتقدم على أن يبدأ سريانها من يوم العلم بالضرر وبالشخص الذي أحدثته وبمبدأ المدة الطويلة في حالة عدم العلم . واستبدلت اللجنة عبارة « الشخص المسئول عنه » بعبارة « الشخص الذي أحدثته » ، والاستعاضة عن الشق الأخير من الفقرة الأولى بعبارة « فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى العمومية » ، وقصد من هذا الاقتراح إلى الإبقاء على الدعوى المدنية طوال المدة التي يوقف فيها سريان تقادم الدعوى العمومية بالتحقيق أو بالهاكمة لأن إطلاق النص الوارد في المشروع يجعل تقادم الدعوى المدنية يتم باقتضاء المدة التي تسقط بها الدعوى العمومية دون نظر إلى وقف سريان تقادمها ، والأنسب أن تبقى الدعوى المدنية ما بقي الحق في رفع الدعوى العمومية أو تحريكها أو السير فيها قائماً ، والأصح كذلك أن يرد الاستثناء الخاص ببقاء الدعوى في الفقرة الثانية لأن الدعوى العمومية قد تظل باقية أحياناً مدة تتجاوز الخمس عشرة سنة . وعلى ذلك عدلت المادة على الوجه الوارد في التقيين الجديد وأصبح رقمها ١٧٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها ليجته (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٣٩٩ — ٤٠٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « استعملت المشروع في إطلاق المسئولية التصيرية تقادماً قصيراً . ففرض بسقوط دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع باقتضاء ثلاث سنوات على غرار ما فعل فيما يتعلق بدعوى البطالان . ويبدأ سريان هذه المدة من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث ، ويوقف على شخص من أحدثته . فإذا لم يعلم بالضرر الحادث ، أو لم يقف على شخص من أحدثته ، فلا يبدأ سريان هذا التقادم التصير ، ولكن دعوى المضرور تسقط على أي القروض باقتضاء خمس عشرة سنة على وقوع العمل غير المشروع . وإذا كان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب الدعوى المدنية ، وكانت الدعوى الجنائية تتقدم باقتضاء مدة أطول ، سرت هذه المدة في شأن تقادم الدعوى المدنية . فلو حدث الضرر مثلاً من جراء جنائية ، كانت مدة سقوط الدعوى المدنية عشر سنوات عوضاً عن ثلاث لأن الدعوى الجنائية لا تتقدم إلا باقتضاء تلك المدة وهي أطول . وقد فرض في هذا كله أن يبدأ سريان المدة لا يختلف في الحالتين ، بيد أن الدعوى المدنية لا تسقط إلا باقتضاء خمس عشرة سنة عند جعل المضرور بالضرر الحادث أو بشخص عدته ، وهي مدة أطول من مدة سقوط الدعوى الجنائية . وصورة القول أن الدعوى المدنية قد تبقى قائمة بعد انقضاء الدعوى الجنائية ، ولكن ليس قبل انقضاء الدعوى المدنية قبل انقضاء الدعوى الجنائية (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٠٠) .

ويقابل النص في التقيينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٧٣ (مطابق) — الليبي م ١٧٥ (مطابق) — العراقي م ٢٣٢ (موافق) — اللبناني لا مقابل .

وفقاً لهذا النص يجب التمييز بين ما إذا كانت دعوى المسؤولية قد قامت على خطأ مدنى لا يعتبر جريمة أو كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة جنائية .

ففي الحالة الأولى تسقط دعوى المسؤولية بالتقادم بأقصر اللتين الآتيتين :

١ — ثلاث سنوات تنقضى من اليوم الذى علم فيه المضرور بالضرر وبالشخص المسئول عنه . فلا يبدأ سريان التقادم من يوم وقوع الضرر . ويترتب على ذلك أنه قد يمضى على وقوع الضرر مدة تزيد على ثلاث سنوات دون أن يتقادم دعوى المسؤولية ويمكن التحقق من ذلك أن يقع الضرر دون أن يعلم به المضرور ، كالأوصى لشخص لآخر بمال ولم يعلم الموصى له بالوصية إلا بعد موت الموصى بمدة طويلة ، وتبين أن أحد الورثة وضع يده على المال للموصى به وأتلفه منذ مدة فرضها خمس سنوات ، ففي هذا الفرض لا يبدأ سريان التقادم إلا من اليوم الذى علم فيه الموصى له بالوصية وعن أنف الموصى به من الورثة ، ولا يتقادم دعواه إلا باقضاء ثلاث سنوات من ذلك اليوم ، أى باقضاء ثمانى سنوات من وقت وقوع الضرر . وقد يعلم المضرور بوقوع الضرر ولكنه لا يعلم بالشخص المسئول عنه ، كالأوصى لم يشاركه فى معرفة ما خلفه ، ثم اهتدى إلى معرفته بعد سبع سنوات مثلاً ، فهنا أيضاً لا يتقادم دعوى المسؤولية إلا باقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بالشخص المسئول ، أى باقضاء عشر سنوات من وقت وقوع الضرر . أما إذا علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه فى اليوم الذى وقع فيه — وهذا ما يحدث غالباً — فإن دعوى المسؤولية تتقادم فى هذا الفرض باقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الضرر . (٢) خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وهذا لا يتحقق إلا إذا كان المضرور لم يعلم بوقوع الضرر أو بالشخص المسئول عنه إلا بعد مدة طويلة فرضها ثلاث عشرة سنة . ففي هذا الفرض النادر تتقادم دعوى المسؤولية باقضاء خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر ، لأن هذه المدة أقصر من مدة ثلاث السنوات التى تسرى من وقت علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه . إذ أن هذه المدة الأخيرة

عند الحساب تكون ست عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وقد رأينا أن التقنين المدني الجديد جعل التقادم بأقصر هاتين المديتين في دعوى بطلان العقد . وسنرى أنه سار على هذا النهج في الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والقضالة ، وهما نحن نراه يسير على النهج ذاته في الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع . وقد استبقى الالتزامات الناشئة عن العقد ، فجعلها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، لأنها التزامات أرادها المواقدان فترتبت في ذمة الملتزم بإرادته هو ، وهذا بخلاف الالتزامات الأخرى فقد فرضها القانون على الملتزم .

وفي الحالة الثانية ، إذا نشأت دعوى المسؤولية عن جريمة كجناية قتل مثلاً ، تتقادم الدعوى في الأصل بأقصر المديتين السابقتي الذكر . فإذا فرضنا أن أقصر المديتين ثلاث سنوات أو خمس أو أية مدة أخرى تقل عن عشر سنوات ، نتج عن ذلك موقف شاذ ، إذ تكون الدعوى المدنية قد تقدمت قبل أن تتقادم الدعوى الجنائية ، فإن هذه لا تتقادم إلا بشهر سنوات (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) . هذا الموقف الشاذ ، وهو سقوط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية ، وإيقاع عقوبة جنائية على الجاني دون التمكن من إلزامه بالتعويض وهو أقل خطراً من العقوبة الجنائية ، وهو الذي أراد القانون أن يضافه . فنص على أن الدعوى المدنية لا تتقادم في هذه الحالة ، بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ، ولا تسقط إلا بسقوطها ، حتى يتمكن المضرور في الوقت الذي يعاقب فيه الجاني أن يقاضى منه التعويض المدني . أما العكس فمستساغ : تسقط الدعوى الجنائية قبل أن تسقط الدعوى المدنية بصورة ذلك في المثل الذي نحن بصدده ألا تلم الورثة بقتل مورثهم إلا بعد عشر سنوات من وقوع الجنائية ، فتكون الدعوى الجنائية قد سقطت بالتقادم ، ومع ذلك تبقى الدعوى المدنية إذ لم يتقضى إلا ثلاث سنوات من وقت العلم بالجنائية وبالجاني ولا خمس عشرة سنة من وقت وقوع الجناية^(١) . ومثل ذلك أيضاً أن تكون الجريمة التي نشأت عنها دعوى

(١) تنص مدني في أول مايو سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ م ٤٣٧ .

المسئولية مخالفة بسيطة تنقضى الدعوى الجنائية فيها بمضى سنة من يوم وقوعها (١٥م) من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) ، ف تكون الدعوى المدنية قائمة بمد سقوط الدعوى الجنائية إذ لا تسقط الدعوى الأولى بأقل من ثلاث سنوات ^(١) .

٦٣٦ — سرماية النص الجديد من حيث الزمان : ويتبين مما قدمناه أن التقنين المدني الجديد قد عدل مدة التقادم في دعوى المسؤولية ، فجعلها في أكثر الأحوال أقصر من المدة التي كان القانون القديم يقررها . وقد نصت المادة الثامنة من القانون المدني الجديد على أنه « ١ — إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ — أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم باقتضاء هذا الباقي » .

ونفرض ، لتطبيق هذا النص ، أن مسؤولية مدنية قد تحققت في ظل القانون المدني القديم : سرقة وقعت قبل نفاذ القانون الجديد وعلم المجني عليه بالسرقة وبالسارق قبل هذا التاريخ . فإذا فرضنا أن السرقة وقعت في سنة ١٩٤١ . فإن دعوى المسؤولية في هذا الفرض إذا طبق عليها القانون القديم لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة تسرى من وقت وقوع السرقة ، فتتقادم في سنة ١٩٥٦ . أما إذا طبق عليها القانون الجديد ، فإنها تتقادم بثلاث سنوات تسرى من وقت العمل بالقانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فتتقادم في سنة ١٩٥٢ . ومن ثم يكون القانون الجديد هو الذي ينطبق لأن التقادم بمقتضاه

(١) وسقوط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية أكثر احتمالاً في التقنين المدني الجديد (حيث قصرت مدة التقادم) منه في القانون المدني القديم . وهذا هو الذي جعل المشرع في التقنين المدني الجديد ينص صراحة على الاحتياط الذي نحن بصدده ، حتى لا تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية على النحو الذي قدمناه . أما القانون المدني القديم فلم يتضمن نصاً في هذه المسألة ، ولم يكن في حاجة كبيرة إليه ، لأن دعوى المسؤولية فيه كانت لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة ، فكان من النادر أن تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية .

أسرع ، وإذا فرضنا أن السرقة وقعت في سنة ١٩٣٦ ، فإن القانون القديم هو الذي ينطبق لأن الباقي من مدة التقادم فيه عند نفاذ القانون الجديد أقل من ثلاث سنوات ، وهي المدة التي قررها النص الجديد ، فتتقدم الدعوى في هذا الفرض في سنة ١٩٥١ .

المطلب الثالث

الاثبات

١ § — عبء الإثبات

٦٢٧ — عبء إثبات الضرر : المدعى هو الذي يحمل عبء إثبات ما أصابه من الضرر . ولا يستطع أن يخطو في المسؤولية خطوة قبل أن يثبت ذلك ^(١) .

وفي أحوال استثنائية يعني القانون للمدعي من إثبات الضرر :

١ — إما بوضع قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن هناك ضرراً قد وقع فقد نصت المادة ٢٢٨ من التقنين المدني الجديد على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » . وأكثر ما يقع ذلك في المسؤولية العقدية . ولكن يمكن تصوره في المسؤولية التقصيرية ، إذا قدر الطرفان مقدار التعويض باتفاق بينهما ، فتستحق فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات الضرر .

٢ — وإما بوضع قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على وقوع الضرر . ويكون ذلك في الشرط الجزائي ، فقد نصت المادة ٢٢٤قرة أولى من التقنين المدني الجديد

(١) استئناف مخطوط في ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريلي م ١٧٩ رقم ٤ — وفي ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ — وفي ٤ مارس سنة ١٩٤٥ م ٢٧ ص ١٩٩ — قارن محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الحاماة ٢٠ رقم ١١٩ ص ٤٥٥ وعليق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٨ — ص ٣٤٩ .

على أنه « لا يكون التعميـض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت للدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ». ويطلب أن يقع هذا أيضاً فى المسئولية العقـدية . ولكنه يتصور فى المسئولية التصديرية إذا اتفق الطرفان على إعادة الشيء إلى أصله كتمويـض عن خطأ قصيرى ووضاً شرطاً جزائياً . والمفروض عند وجود شرط جزائى أن إخلال الدين بالتزامه قد أصاب الدائن بالضرر ، وقد قدر للتعاقدان فى الشرط الجزائى مدى هذا الضرر وقيـمته . وهذه قرينة قانونية تنفى الدائن من إثبات الضرر ؛ ولكنها تقبل لإثبات العكس ، فللدين أن يثبت : كما يقول النص ، أن الدائن لم يلحقه أى ضرر .

٦٢٨ - عبء إثبات الخطأ : الأصل أن عبء إثبات الخطأ يقع على المدعى^(١) . والخطأ كما قلنا هو انحراف الشخص عن السلوك للألوف للشخص المادى . وهذا الانحراف واقعة مادية ، أكثر ما تثبت من طريق قرائن قضائية متتابعة ، تنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب . فالمدعى يبدأ بإثبات واقعة تقوم قرينة قضائية على وقوع الخطأ . فينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه . فيثبت هذا واقعة أخرى تقوم هى أيضاً قرينة قضائية على انتفاء الخطأ من جانبه . فيعود عبء الإثبات إلى المدعى ، وهكذا ، إلى أن يمجز أحد الطرفين عن إثبات ما يزحزح عنه القرينة القضائية التى ألقاها عليه خصمه ، فيكون هو الماجز عن الإثبات . فإن كان المدعى هو الذى عجز ، فقد اعتبر غير قادر على إثبات دعواه وخسرها . وإن كان الذى عجز هو للـدى عليه ، فإن للـدى يكون قد تمكن من إثبات الخطأ^(٢) .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكتفى لتقدير مسئولية المجلس البلدى عما ينجم من أضرار للمواطنين الحصول على مياه منه القول بأن أول واجباته المحافظة على الصحة العامة وأنه المسيطر على عملية المياه ، بل لابد من إثبات الخطأ المسند إليه واقى يكون أساساً لمسئوليته . قضى مدنى فى ١٩٥٠/٥/٢٥ بموجـة أحكام النقض السنة الأولى رقم ١٣٣ ص ٥٢٩] .

(٢) استئناف مختلط فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ - محكمة الاسكندرية المختلطة فى ١٠ يونيه سنة ١٩٢٧ جازيت ١٣ رقم ٨٦ ص ١٦٠ .

هذا هو الأصل . ولكن ترد استثناءات كثيرة ، يعنى فيها المدعى من إثبات الخطأ ، بفضل قرينة قانونية تكون إما قابلة لإثبات العكس وإما غير قابلة لذلك ^(١) . وسنرى فيما يلى تفصيلاً وافياً لهذه القرائن القانونية ، وبعضها قابل لإثبات العكس كخطأ من يسهل إليه بالرقابة على غيره ، وبعضها غير قابل لإثبات العكس كخطأ المتبوع وخطأ حارس الأشياء . ويلاحظ بوجه عام أن هذه القرائن القانونية لا تعنى من إثبات وجود الحالة القانونية التى يترتب عليها قيام القرينة على الخطأ ^(٢) . وسنرى ذلك فى مكانه .

٦٢٩ — عبء إثبات السببية : الأصل هنا أيضاً أن عبء إثبات السببية يقع على المدعى . فهو الذى يثبت ، ليس فحسب الضرر الذى وقع عليه والخطأ الذى وقع من غيره ، بل أيضاً علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . ولكن هذه القاعدة محدودة الأهمية . فهى تارة يرد عليها استثناءات يقررها القانون ، وطوراً يضيق مجال تطبيقها العملى حتى تصبح القاعدة هى الاستثناء .

أما الاستثناءات التى يقررها القانون فهى قرائن قانونية ، كلها قابلة لإثبات العكس يقيمها القانون على وجود السببية . والقانون يقيم هذه القرائن حيث يقيم قرائن الخطأ . فهو إذا أقام قرينة على الخطأ — قابلة أو غير قابلة لإثبات العكس — يقيم إلى جانبها قرينة على السببية تكون دائماً قابلة لإثبات العكس . فالمكلف بالرقابة تقوم ضده قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على الخطأ ، وتقوم ضده كذلك قرينة قانونية قابلة هى أيضاً لإثبات العكس على السببية . ويستطيع أن ينفى كلا من القرينتين ، فينفى قرينة الخطأ بإثبات أنه لم يقصر فى الرقابة ، وينفى قرينة السببية بإثبات أن الضرر كان لا بد واقعا حتى لو لم يقصر أى إثبات السبب الأجنبى . وحارس الحيوان أو الأشياء التى تتطلب

(١) اضرب فى أن الخطأ المفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس هو فى الواقع من الأمر خطأ ثابت (faute prouvée) مازو ٢ فقرة ١٦٩٠ — فقرة ١٦٦٢ .

(٢) والقرائن القانونية على الخطأ إنما أعطاها القانون لصلحة المدعى دون غيره . وقد رأينا أن غير المدعى لا يجوز له أن ينتج بهذه القرائن ، فلا يصح أن يمسك بها لا المدعى عليه ولا الغير .

حراسها عناية خاصة تقوم ضده قرينة انطأ وهي غير قابلة لإثبات العكس ، وقرينة السببية وهي قابلة للنفي بإثبات السبب الأجنبي .

فإذا تركنا الاستثناءات وعدنا إلى القاعدة ، رأينا أن مجال تطبيقها في العمل محدود . ذلك أن المدعى إذا أثبت الضرر وانطأ ، ففي أكثر الأحوال ، ومن الناحية العملية المحضة ، تقوم في ذهن القاضي شبهة قوية في أن انطأ هو الذي أحدث الضرر . ومن ثم تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية ، تنقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه . فيطالب هذا بنفي هذه العلاقة ، ويستطيع ذلك إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي . وهذا هو السبب الذي دعا المشرع في التقنين المدني الجديد إلى أن يورد الحكم في هذه المسألة على هذا الوضع العملي . فنص في المادة ١٦٥ على ما يأتي : « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ من سبب أجنبي لا يده فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزوم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » . ونص في المادة ٢١٥ على ما يأتي : « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يده فيه » . ففي النصين وضع القانون عبء الإثبات ، من الناحية العملية المحضة ، على عاتق المدين لا على عاتق المائن^(١) .

٢٥ - وسائل الإثبات

٦٣٠ - **الإثبات بجميع الطرق** : لما كانت الأركان الثلاثة - انطأ والضرر والسببية - التي يجب إثباتها لتحقيق المسؤولية هي كلها وقائع مادية ، فإن إثبات أية واقعة منها يجوز بجميع الطرق ، وبخاصة البيئة والقرائن^(٢) . وفي أكثر الأحوال يثبت

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ٢١٥ ، حيث ورد أن إسقاط قرينة انطأ يكون بإثبات السبب الأجنبي . وفي هذا خلط بين الخطأ وعلاقة السببية ، فإن الذي يفتني بإثبات السبب الأجنبي هو علاقة السببية لا الخطأ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخدامه يطلب الحكم عليهما متضامنين =

الضرر والسببية بالمعانة للادوية أو بشهادة طبية أو بتقدير الخبراء . أما الخطأ فأكثر ما يثبت بشهادة من عاينوا الحادث وبالتحقيق الجنائى وبالتنقل إلى محل الواقعة ومعانيته وبالقرائن القضائية والقانونية^(١) .

٦٣١ - ارتباط القاضى الرئى بالحكم الجنائى^(٢) - تأصيل الفاعلة :

ومن أهم القرائن القانونية التى تسيطر على وسائل الإثبات فى دعوى المسؤولية حجية الحكم الجنائى . ذلك أن دعوى المسؤولية يطلب أن تقوم على جريمة جنائية ، فتضع لاختصاص القضاء الجنائى واختصاص القضاء المدنى . فإذا صدر حكم نهائى فى الجريمة من محكمة جنائية ، فإلى أى حد يصبح هذا الحكم حجة فى الدعوى المدنية ، وهل يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى ؟ تجيب المادة ٤٠٦ من التقنين المدنى الجديد بما يأتى :

== بأن يفضا إلى الدعية مبلغاً لها عن عبث الخادم بحلى كانت فى علة استودعها السيد هى دعوى متضمنة فى الواقع دعوين : الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم ، وفيها يدور الإثبات بينه وبين الدعية على وقوع الجريمة ، وإثبات الجريمة جائزاً قانوناً بأى طريق من طرق الإثبات ، فهى دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التى وقفت عليها الجريمة كانت وديعة ، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجهة إلى السيد ، وأساسها أن الخادم للوجبة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة فى حال تأدية وظيفته عنده ، وهذه ليس مطلوباً فيها إثبات عقد الوديعة على السيد . ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلة بالبينه والقرائن (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ من ٤٣٢) . وقضت أيضاً بأن الدليل لا ارتباط له بالمسؤولية فى حد ذاتها ، وإعنا يطعن بذات الأمر المطلوب إثباته . فقد تكون المسؤولية تعاقدية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبينه والقرائن كما فى حالة التهميد بصدف فعل شئ عندما يرغب التهميد له لإثبات مخالفته لتعهد . وقد تكون المسؤولية جنائية أو تقصيرية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالكتابة حتى بالندبة للعقد المرتبط بها إذا كانت قيمته تزيد على ألف قرش فى غير المواد التجارية والأحوال الأخرى المستثناة كما هى الحال فى جريمة خيانة الأمانة (نقض مدنى فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ من ٧٥) .

- (١) استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ من ١٠٥ - وفى ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ من ١٦١ - وفى ١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ من ١٩٦ - وفى ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٢٩٥ - وفى ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ من ٧٢ - وفى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ من ١٥ - وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٧ من ٧٣٤ .

(٢) [راجع فى هذا الموضوع رسالة الدكتور أودوار غالى القهجي : حجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى . رسالة القاهرة سنة ١٩٦٠] .

« لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً »^(١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي في الوقائع التي لم يفصل فيها هذا الحكم أو الوقائع التي فصل فيها دون ضرورة » . وفي لجنة المراجعة رُؤي أن النص يكون أوضح لو ذكر الحكم العكسى ، فوافقت اللجنة على أن يكون نص المادة كما يأتى : « لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً » . وأصبح رقم المادة ٤١٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك وافقت عليها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٤٠٦ . ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التضيرية ٣ ص ٤٢٤ — ٤٢٨) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : ١٥ — استلهم المشروع في صياغة هذه المادة أحكام المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٩٥٦ من التقنين المولندى والمادة ٢٥٠٢ من التقنين البرتالى . ويراعى أن حجية الأحكام الجنائية تطوى على معنى الإطلاق من ناحية ، وفى الاقتصار من ناحية أخرى . (١) فهى مطلقة بمعنى أن ما تنقضى به المحاكم الجنائية يكون ملزماً للكل ، ولذلك نصت المادة ١٩ فقرة أولى من تقنين تحقيق الجنايات المختلط على إلزام المحكمة المدنية بالفصل طبقاً لما قضى به نهائياً من المحكمة الجنائية إذا استلزم الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها معرفة ما إذا كانت هناك جريمة قد ارتكبت ومن ينسب إليه ارتكابها . ونصت المادة نفسها في فقرتها الثانية على إلزام المحكمة المدنية بوقف الفصل في الدعوى المدنية المترتبة على وقوع الجريمة إذا رفعت الدعوى الجنائية قبل الفصل فيها نهائياً ، وذلك اتقاء لتعارض الأحكام . (ب) وهى ظاهرة بمعنى أن نطاق إلزامها لا يجاوز ما قضى به فلا ، أى ما فصل فيه الحكم . ففي حالة عدم الحكم بقوبة — وهى الحالة التي تواجهها المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى — يجوز للقاضي المدني أن يحكم على المتهم بالتعويض دون أن ينادى بحكمه هذا على تعارض مع الحكم الجنائي ، فالواقع أن عدم القضاء بالقوبة قد يرجع إلى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو بالتقادم أو بالسقوط الشامل ، وإزاء ذلك لا يحكم القاضي بالقوبة لتواتر هذا السبب أو ذاك ، دون أن يفصل في الواقعة التي أسست عليها الدعوى الجنائية . وما حام القاضي الجنائي قد اقتصر على الفصل في أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم يتمتع توقيع عقوبة بشأنها ، فللقاضي المدني والمحال هذه أن يقضى بالتعويض دون أن يمارس بذلك ما قضى به جنائياً ، وأن يؤسس خصامه على الواقعة نفسها بوصفها قصيراً مدنياً وقع من المتهم . ثم إن الحكم بالبراءة قد لا يبنى قيام التقدير المدني أيضاً ، إذ ليس ثمة تلازم بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية ، فيجوز أن يقتصر نطاق الدعوى العمومية على فعل معين لا يستتبع مسؤولية جنائية ولكنه يستتبع مسؤولية مدنية ، وفي هذه الحالة تفصل المحكمة الجنائية في المسؤولية الجنائية وحدها وتنقض بالبراءة ولو أن الواقعة التي فصلت فيها أو وقائع أخرى لم تنظر فيها قد تكون أساساً لدعوى مدنية . فيجوز فضلاً عن أن يراى المتهم من جريمة مخالفة قواعد المرور مع الحكم عليه بالتعويض عن تعويض مدنى لا يصدق عليه وصف الجريمة . فلذا اقتصر القاضي الجنائي على الفصل في أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم لا تعتبر جريمة ، جاز للقاضي المدني أن يقضى بالتعويض دون أن يناقش بذلك ما قضى به جنائياً . ٢ — فالعشرط الجوهرى في انقضاء حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة أو بانتفاء وجه استيفاء القوبة أمام المحاكم المدنية هو اختصار القاضي الجنائي على الفصل =

وتأصيل هذه القاعدة لا يرجع إلى أن الحكم الجنائي يربط القضاء المدني بمقتضى قوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) فإن قوة الأمر المقضى، تقتضى الوحدة فى الخصوم والموضوع والسبب، ولا يمكن أن يحصل هذا إلا فى قضاء مدنى يقيد قضاء مدنياً أو فى قضاء جنائى يقيد قضاء جنائياً. أما القضاء الجنائى إذا أريد أن يقيد قضاء مدنياً، فلن يكون هذا لوحدة فى الخصوم فالخصوم فى الدعوى الجنائية وفيهم النيابة العامة غيرهم فى الدعوى المدنية، ولا لوحدة فى الموضوع فموضوع الدعوى الجنائية العقوبة وموضوع الدعوى المدنية التمييز، ولا لوحدة فى السبب فسبب العقوبة خطأ جنائى وسبب التمييز خطأ مدنى. فكيف يقوم التمييز على هذا الأساس وقوة الشيء المقضى تقتضى الوحدة فى هؤلاء جميعاً !

وإنما يرجع تقييد القضاء الجنائى للقضاء المدنى إلى اعتبارين، أحدهما قانونى والآخر عملى. أما الاعتبار القانونى فهو أن الحكم الجنائى له حجية مطلقة، فهو حجة بما جاء فيه على الناس كافة، ومنهم الخصوم فى الدعوى المدنية، فهؤلاء لا يجوز لهم أن يناقشوا حجية الحكم الجنائى. والاعتبار العملى هو أنه من غير المستساغ، والمسائل الجنائية من النظام العام، أن يقول القاضى الجنائى شيئاً فيقضه القاضى المدنى. فإذا صدر حكم جنائى

= فى الواقعة الجنائية دون الفصل فى نيتها. ويصحق هذا الشرط متى قضى المحكم بأن الواقعة لم يرد وجه لاستيفاء العقوبة بشأنها أو أنها ليست مما يقع تحت طائلة العقاب (البراءة). ولكن لو فرض أن القاضى أسس البراءة على نفي نسبة الواقعة إلى المتهم، كان لمحكمة قوة الشيء المقضى به بشأن هذه النسبة، وتبين على القاضى المدنى أن يفصل طبقاً لهذا القضاء، وفقاً لما تقتضى به المادة ١٩ من تقنين تحقيق الجنائيات المختلط. ويستفاد هنا الحكم ضمناً من المادة ٣٠٦ من هذا التقنين إذ تنص على أنه « إذا برى المتهم وألزم بتبويضات المدعى بالحق المدنى المذكور حسب القواعد المقررة فى المواد المدنية والتجارية ». وقد استند القضاء بوجه خاص إلى هذه المادة وقضى بإلزام المتهم بالتبويضات رغم الحكم ببراءته (جنح المصورة فى ٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ م ١٨٧) ورغم تقادم الدعوى الصومية (استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ٣٩ م ١٨٨) . « مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ م ٤٢٥ — م ٤٢٧ » .

يقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البنات السورى (مطابق) الجيم ٣٩٤ (مطابق) — المراقم ٥٠٤ (مطابق) .

يادانة متهم أو ببراءته ، كان مؤدياً للشعور العام ، وقد آمنت الناس على أثر الحكم الجنائي بأن المتهم مجرم أو بريء ، أن يأتي القاضي المدني فيقول إن المتهم بريء فلا يحكم عليه بالتعويض في الوقت الذي قال فيه القاضي الجنائي إنه مجرم ، أو يقول إن المتهم مجرم فيحكم عليه بالتعويض بعد أن قال القاضي الجنائي إنه بريء^(١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب أن يكون للحكم الجنائي الصادر بالإدانة حجته أمام المحاكم المدنية في الدعوى التي يكون أساسها ذات الفعل موضوع الدعوى التي صدر فيها ، وذلك من أن يجيء الحكم المدني على خلاف الحكم الجنائي . فإنه ليس من المقبول في النظام الاجتماعي أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة وقت منه . ثم تأتي المحكمة المدنية فتقضي بأن الفعل المكون للجريمة لم يقع منه ، في حين أن الشارع قد أحاط الإجراءات أمام المحاكم الجنائية — لتطهيرا بأرواح الناس وحرثياتهم وأعراضهم — بضمانات أكمل يظهار الحقيقة ، مما يقتضاه أن يكون الحكم من صدر بالإدانة على ثقة الناس كافة بصورة مطلقة لا يصح معها بأي حال إعادة النظر في موضوعه . وإذا فإذا قضت المحكمة المدنية للدعي بتثبيت ملكيته للأطيان المتنازع عليها ، وبنت قضاءها على رفض ما دفع به الدعي عليه الدعوى متمسكا بملكيتها لها استناداً إلى عقد بيع سبق الحكم جنائياً بإدائته في تهمة تزويره ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (نقض مدني في ١٤ يناير سنة ١٩٤٤ مجموع عمر ٤ رقم ٩٠ س ٢٤٥) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الحكم الصادر في الدعوى الجنائية يجب أن تكون له حجية المهيكوم فيه أمام المحكمة المدنية بالنسبة لما يقتضي الفصل في تلك الدعوى يانه فيه حسب القانون متى كان مناط الدعوى المدنية ذات الفعل الذي تناوله هذا الحكم . وليست الملة في ذلك اتحاد المصوم والموضوع والسبب في الدعوى ، وإنما هي في الواقع توافر الضمانات المختلفة التي قررها الشارع في الدعاوى الجنائية اجتفاء الوصول إلى الحقيقة لارتباطها بالأرواح والحريات — الأمر الذي تأثر به مصلحة الجماعة لا مصلحة الأفراد ، مما يقتضي أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة على الإطلاق ، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام . وهذا يستلزم حتى ألا تكون هذه الأحكام معرضة في أي وقت لإعادة النظر في الموضوع الذي صدرت فيه حتى لا يجر ذلك إلى تحطتها من جانب أية جهة من جهات القضاء . وإذا كان تضاد التعارض على الوجه المتقدم هو الملة في تقرير حجية الحكم الجنائي في الدعوى المدنية المتعلق موضوعها به ، فإن جريمة الإقراض بالربا لا تختلف في هذا الصدد عن غيرها من الجرائم لتوافر هذه الملة فيها هي أيضاً — فالحكم الجنائي الصادر على المتهم في جريمة الاعتياذ على الإقراض بفوائد ربوية يكون ملزماً للقاضي المدني فيما أثبتته خاصاً بسر الفائدة التي حصل الإقراض بها ، لأن مقدار الفائدة عنصر أساسي في هذه الجريمة ، وإذا أبيح للقاضي المدني إعادة النظر فيه جاز أن يؤدي ذلك إلى وجود التناقض بين الحكمين المدني والجنائي في أمر هو من مستلزمات الإدانة . وكذلك يكون ملزماً له فيما أثبتته عن وقائع الإقراض لتطيق هذه الوقائع أيضاً — مهما كان عددها — بالإدانة ، إذ القانون لم ينس على عدد المرات التي تكون الاعتياذ ، الأمر الذي يستوجب أن تكون التهمة التي حل العقاب عليها متضمنة جميع الأفعال الداخلة في الجريمة حتى وقت المحاكمة (نقض مدني في ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموع عمر ٣ رقم ٥٨ س ١٩٢ — وتطبيق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ س ١٩٦ — س ١٩٨) .

فمنع التعارض ما بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية ، وجعل هذه مسايرة لتلك ، هو الذى أُملى القاعدة التى تقضى بأن القاضى المدنى يرتبط بالحكم الجنائى . لذلك لا تشترط فى تطبيق القاعدة لا وحدة الخصوم ولا وحدة الموضوع ولا وحدة السبب ، وإنما تشترط شروط ثلاثة أخرى ، هى التى تنتقل الآن إليها .

٦٣٢ - شروط الفاعرة - الشرط الأول أنه يكون المطالب بتغييره هو القضاء الجنائى : فالقضاء الجنائى هو الذى يراد عدم الإخلال بحجيته المطلقة ، فلا يتقيد إلا بقضاء جنائى مثله يكون قد حاز قوة الشئ للقضى ، مع مراعاة الشروط المعروفة من وحدة فى الخصوم ووحدة فى الموضوع ووحدة فى السبب . والذى يتقيد بالقضاء الجنائى هو القضاء المدنى بمقتضى الواسع ، فيشمل القضاء المدنى والقضاء التجارى ، بل والقضاء الإدارى .

٦٣٣ - الشرط الثانى أنه يكون الحكم الذى يتغير به القاضى المدنى هو حكم نهائى : ويكفى أن يكون الحكم الجنائى صادراً من أية جهة قضائية جنائية . حتى لو كانت جهة استثنائية كالقضاء المسكرى . ولكن يجب أن يكون الحكم الجنائى صادراً فى الموضوع ، لا حكماً تحضيرياً ولا حكماً تمهيدياً ولا أمراً متعلقاً بعمل من أعمال التحقيق الجنائى ولا قرأراً صادراً من النيابة العامة^(١) . ويجب أن يكون حكماً نهائياً .

وقضت كذلك بأنه إذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة متهم بتزوير عقد ، نافية وقوع التزوير ، فهنا الحكم يحول بناتاً دون نظر دعوى تزوير هذا العقد التى يرضها بصفة فرعية من كان مدعياً بالمق للمدنى فى وجه المسلك بالقدر الذى كان متهماً فى الدعوى الجنائية (قضى مدنى فى ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٦ من ٤٦٦) .

[وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن الواجب يتخفى بأن يقرب القاضى المدنى أو قاضى الأحوال الشخصية حتى يصل القاضى الجنائى نهائياً فى أمر ورقة مدعى بتزويرها متى كانت هذه الورقة بناتها مقدمة إلى محكمة مدنية كدليل على الإنبات : قضى جنائى فى ٢٣/٦/١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ١٧٥ من ٦٩٣] .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قرار الحفظ الذى تصدره النيابة العامة أى كان سببه ، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ ما كانت صورته أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بعينه غير صحيح أو لم يبق عليه دليل كاف - هذا القرار لا يجوز قوة الأمر للنقض قبل الضرور بالحادث ، فلا يحول بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسجته إلى المدعى عليه فيها (قضى مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ من ٧) .

ويجب أيضاً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني الذي يراد تقييده ، إذ لو كان الحكم المدني سابقاً ، واستقرت به حقوق الطرفين ، لم يميز المساس به بسبب حكم جنائي يصدر بعده . ولا يعقل — كما تقول محكمة النقض — أن ينص على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره^(١) .

والذي يقع كثيراً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني وذلك بفضل القاعدة التي تقضي بأن الدعوى الجنائية تقف من سير الدعوى المدنية . فإذا رفعت الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية والدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، وجب أن توقف الدعوى المدنية حتى يفصل نهائياً في الدعوى الجنائية ، وبذلك يتحقق أن يكون الحكم الجنائي النهائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني ، ليقيد هذا به^(٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاحتجاج بالحكم الجنائي أمام القضاء المدني محله أن يكون الحكم الجنائي سابقاً على الحكم المدني لا لاحقاً له ، إذ بعد استقرار الحقوق بين الطرفين بحكم نهائي مدني لا يصح المساس بها بسبب حكم جنائي يصدر بعده . وعلى ذلك إذا فصل في نزاع من محكمة مدنية ، ثم أثير هذا النزاع أمام محكمة مدنية أخرى وأخذت هذه المحكمة بحكم المحكمة المدنية الأولى في حق من صدر بينهم الحكم ، فإنها لا تكون أخطأت في تطبيق القانون ، ولو كان قد صدر بين المحكمين حكم جنائي مخالف للحكم الأول (نقض مدني في ٦ مارس سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٦٦ ص ٣٧٦ : كان الحكم الأول قد صدر نهائياً بين المشتري والبائع بصورة البيع بناء على ورقة ضد ادعى البائع صدورها من المشتري ، فادعى هذا تزويرها وقضى برفض دعواه . ثم لما قضت المحكمة الجنائية بإدانة المتهم بتزوير ورقة الضد ، طعن المشتري في حكم المحكمة المدنية بالتمس إعادة النظر بناء على صدور الحكم الجنائي ، ولكن المحكمة المدنية قضت برفض التماس . وبعد الحكم الجنائي — ولكن قبل الحكم في التماس — باع المشتري العقار لآخر ، ورفع المشتري الثاني بعد الحكم في التماس دعواه على البائع بملكية للبيع ، قضى في هذه الدعوى المدنية الثانية برفضها بناء على الحكم الأول الصادر بصحة ورقة الضد) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن على التمسك بأن المحكمة المدنية تكون مقيدة بما قضى به الحكم الجنائي هو أن يكون هذا الحكم صادراً قبل النصل في الدعوى المدنية لا بعد ذلك . فإذا كان الحكم في الدعوى المدنية قد صدر قبل الحكم الجنائي فلا محل لتلك ، إذ لا يعقل أن ينص على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره (نقض مدني في ١١ يناير ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٨٣ ص ٥٢٥) .

(٢) ويجوز للخصم الذي يتسك بالحكم الجنائي ليقيد به القاضي المدني أو يقدم صورة منه ، بل يجوز للقاضي المدني من تلقاء نفسه أن يأمر بضم هذه الصورة حتى يعرف مدى الحكم التي يجب عليه أن يتقيد به ، لأن هذا خبر من النظام العام ، للقاضي أن يراعيه ولو لم يطلبه الخصوم .

ذلك ما تقضى به قاعدة وقف الدعوى المدنية ، وهذه هي المحكة المتوخاة منها . وينظر أن يسبق الحكم المدني الحكم الجنائي ، ولا يتحقق هذا إلا إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكة المدنية وفصل فيها نهائياً قبل رفع الدعوى الجنائية . وفي هذه الحالة لا يقيّد الحكم المدني بالحكم الجنائي كما قلّمنا .

بقي أن نواجه فرضاً هو الذي يقع في الغالب من الأحوال : أن ترفع الدعوى الجنائية والمدنية معاً أمام المحكة الجنائية ، بأن يدخل المضرور مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية . في هذا الفرض يصدر حكم واحد في الدعويين ، فلا يتصور أن يسبق الحكم الجنائي الحكم المدني ، وبذلك لا يكون هناك محل لتطبيق قاعدة تقييد الحكم المدني بالحكم الجنائي ، والقاضي الجنائي الذي يصدر هذا الحكم الواحد يقيّد طبقاً بمراعاة التنسيق ما بين أجزائه ، وبهذا يتحقق الانسجام فعلا ما بين الجزء الجنائي والجزء المدني . فإذا وقع أن تمارضا ، كان هذا سبباً لظمن بالنقض في الحكم ^(١) .

(١) فإذا صدر حكم واحد في الدعويين الجنائية والمدنية ، واستؤثف الحكم في شقة المدني دون الجنائي ، لم يميز أن يقال إن الحكم الجنائي قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدني ، فيجب أن يقيّد هذا بفناء ذلك أن الاستئناف بعيد القضية في جميع نواحيها إلى ما كانت عليه في الحدود التي استؤثف فيها الحكم ، ويمنع الاستئناف من أن يصبح الحكم نهائياً ، حتى في الشق الذي لم يستأنف ، من حيث المصالح التي ظلت عن طريق الاستئناف باقية في المحصورة (مازو ٢ فقرة ١٧٥٩) . فلحكمة الاستئناف إذن أن تُلغى الحكم بالتعويض لمصلحة التهم التي حكم القاضي الابتدائي بإدائته وأصبحت الإدانة نهائية بدم استئنافها ، كما لها أن تحكم بالتعويض على المدعى عليه الذي حكم القاضي الابتدائي ببراءته وأصبحت البراءة نهائية بدم استئنافها .

[وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن القانون إذ خول للمدعي بالمقوق المدنية أن يستأنف حكم محكمة أول درجة فيما يتعلق بحقوقه المدنية قد فصل إلى تحويل المحكة الاستئنافية وهي تفصل في هذا الاستئناف أن تعرض لواقعة الدعوى وتناقشها بكلل حريتها كما كانت مطروحة أمام محكمة أول درجة بما مضاه أن تصدى لتلك الواقعة وتفصل فيها من حيث توافر أركان الجريمة وثبوتها في حق المشتأق عليه ما دامت الدعويان المدنية والجنائية كانتا مرفوعتين معاً أمام محكمة أول درجة وما دام المدعى بالمقوق المدنية قد استمر في السير في دعواه المدنية المؤسسة على ذات الواقعة ، فإذا كانت المحكة قد اعتبرت الحكم الابتدائي حائراً لقوة الشيء القضي فيه لعدم استئناف النيابة له بحيث يتمتع عليها وهي في سبيل الفصل في الدعوى المدنية المتأقفة أمامها أن تصدى لبحث عناصر الجريمة من حيث توافر أركانها وثبوت الفصل للسكون لها في حق المشتأق -

٦٣٤ - الشرط الثالث أنه يكون ما يتغير به القاضى المدنى هو الوقائع التى فصل فيها الحكم النهائية ولله فصد فيها ضرورياً : وهذا هو أدق الشروط الثلاثة ، لذلك تكفل نص المادة ٤٠٦ بذكره . فالقاضى المدنى يتقيد بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون . ولا يتقيد بما فصل فيه القاضى الجنائى من هذه الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائى . فهذان أمران تتولى بهما .

(أولاً) يتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون . فلا يتقيد بالتكييف القانونى الذى اتبعه القاضى الجنائى لهذه الوقائع من الناحية الجنائية . مثل ذلك أن يحكم القاضى الجنائى ببراءة سائق السيارة من تهمة القتل خطأ لأن الوقائع التى ثبتت لا يمكن تكيفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه ، فلا يتقيد القاضى للمدى بهذا التكيف الجنائى ، بل عليه أن يلتزم التكيف المدنى هو يختلف عن التكيف

== عليه فى الدعوى المدنية - فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون : قضى جنائى فى أول يناير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام التقضى السنة ٢ رقم ١٧٠ من ٤٥٢ .

كما قضت أيضاً بأن المدعى بالمفوق المدنية أن يستأق الحكم الصادر برفض الدعوى المدنية ولو كان قد قضى براءة المتهم ولم تستأق النيابة ، ومتى رقم استئنافه كان على المحكمة الاستئنافية بمقتضى القانون أن تعرض لأفعل موضوع الدعوى من جهة وقوعه وصحة نسجه إلى المدعى عليهم لترتب على ذلك آثاره القانونية . ولا يمنعها من هذا كون الحكم الصادر فى الدعوى العمومية قد أصبح نهائياً لأن الدعوى ولأن كانتا ناشئتين عن سبب واحد إلا أن الموضوع فى كل منهما يختلف عنه فى الأخرى مما لا يمكن معه التمسك بمجموعة الحكم النهائية : قضى جنائى فى ٢٢ من أكتوبر سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام التقضى السنة ٣ رقم ٤٠ من ٩٧ وحكم مماثل فى ٢٩/١٠/٢٩ رقم المرجع رقم ٤٧ من ١٢٠ بنفس المعنى قضى جنائى فى ١٤/١١/١٩٦١ بمجموعة أحكام التقضى السنة ١٢ رقم ١٨٥ من ٩١٢ .

كما قضت محكمة التقضى بأن الحكم الابتدائى القاضى بالإدانة لا يلزم المحكمة الاستئنافية وهى فصل فى الاستئناف المرفوع من المشول عن الحقوق المدنية عن الدعوى المدنية على أساس أن هذا الحكم قد صار نهائياً فيما يخص بالدعوى الجنائية لعدم استئنافه من المتهم فيها أو من النيابة حتى لا يتصل الحق المقرر بالقانون لكل من المحصور فى الدعوى الواحدة فى الظن على الحكم بالطرق المرسومة جميعاً ، مما يلزم منه أن يكون نظر الدعوى عند الظن عليه من واحد منهم أو أكثر غير متأثر بمسلك الباقيين فى صده فإين مسلك هؤلاء خاس بهم وحدهم ولا يمكن أن يضاربه غيرهم : قضى جنائى فى ١٤/٤/١٩٥٢ بمجموعة أحكام التقضى السنة ٣ رقم ١٥٨ من ٤١٦] .

الأول ، فالخطأ المدنى هنا مفروض فى جانب السائق ، وبحكم القاضى المدنى بتعويض على السائق الذى حكم القاضى الجنائى ببراءته^(١) .

(ثانياً) ولا يتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائى . فليس يتقيد القاضى المدنى بجميع الوقائع التى عرض لها الحكم الجنائى وأثبتها ، بل هو لا يتقيد منها إلا بما كان ضرورياً للحكم الجنائى بحيث لو لم تثبت لانهدم الحكم الجنائى ولما أمكن أن يقوم . أما ما لم يكن ضرورياً من هذه الوقائع ، فلا يتقيد به القاضى المدنى مهما أكدته القاضى الجنائى^(٢) . ونستعرض الفرضين المحتملين فى تطبيق هذه القاعدة الدقيقة : (١) أن يصدر حكم جنائى بالإدانة (٢) أو يصدر بالبراءة .

١ - حكم جنائى بالإدانة^(٣) : إذا سكت هذا الحكم عن ركن الضرر ولم يتعرض له لا بإثبات ولا بنفى ، كان القاضى المدنى حراً غير مقيد فى هذا الخصوص ، فله أن يثبت فى حكمه المدنى وقوع الضرر أو عدم وقوعه ، وإذا أثبت وقوعه فله أن يبين على من وقع . أما إذا عرض الحكم الجنائى لركن الضرر فأنكر وقوعه ، لم يتقيد القاضى المدنى بهذا

(١) أظن فى الحكم الجنائى بالبراءة لا يمنع من المسئولية المدنية : قضى جنائى فى ٢٤ يولية سنة ١٩٠٨ الجمعية الرسمية ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ - وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩١٤ الصرائح ٢ رقم ١٠٩ ص ١١١ - وفى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ - وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ - وفى ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٥٣ ص ٢٨٥ .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٤٥٦ من تنتين الإجراءات الجنائية أن حجة الحكم الجنائى الصادر من المحكمة الجنائية فى موضوع الدعوى الجنائية أمام المحاكم المدنية قاصرة على منطوق الحكم الصادر بالبراءة أو بالإدانة بالنسبة إلى من كان موضع المحاكمة ودون أن تلحق الأسباب التى لم تكن ضرورية للحكم بهذه البراءة أو تلك الإدانة . فلذا لم يكن المصم منها فى الحكم الجنائى الذى يتمسك بحجته ، فلا يمكنه أن يفيد من عبارات قد يكون الحكم المذكور أوردها فى سياق أسبابه (قضى مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٢ ص ١٠٠١)] .

(٣) حتى لو صدر عفو عن الجريمة أو عن العقوبة ، فإن العفو إنما يزيل الأثر الجنائى دون الأثر المدنى .

إلا إذا كان وقوع الضرر أو عدم وقوعه من شأنه أن يؤثر في منطوق الحكم الجنائي .
فإذا قال القاضى الجنائى فى حكمه إن ضرراً ما لم يقع على الجنى عليه ، ولم يكن وقوع الضرر
ركناً من أركان الجريمة ، لم يتقيد القاضى المدنى بما قاله القاضى الجنائى . وله أن يثبت
فى حكمه أن الجنى عليه قد أصابه ضرر ، إذ لا خوف من التعارض ما بين الحكمين الجنائى
والمدنى ، لأنه حتى لو أصيب الجنى عليه بضرر فإن الحكم الجنائى يبقى صحيحاً . وإذا حكم
القاضى الجنائى بأن الضرر لم يقع ، وبني على ذلك أن الجريمة شروع لافل تام ، تقيد
القاضى المدنى بالحكم الجنائى ولم يستطع أن يقول إن الضرر قد وقع ، لأن هذا يتعارض
مع الحكم الجنائى فى مسألة لو صح فيها الحكم المدنى لانهدم الحكم الجنائى وهو يقوم
على أن الجريمة شروع لافل تام . يبقى أن يعرض الحكم الجنائى لركن الضرر فيثبت
وقوعه . فإن كان وقوع الضرر غير مؤثر فى الحكم الجنائى ، كالحكم فى مخالفة من
مخالفات المرور ، لم يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ، وله أن يثبت فى حكمه أن
الضرر لم يقع ، لأنه حتى لو صح هذا لم ينهدم الحكم الجنائى . وإن كان وقوع الضرر
مؤثراً فى الحكم الجنائى ، كالحكم بالإدانة فى تهمة قتل ، تقيد القاضى المدنى بأن القتل
قد وقع ، ولا يستطيع أن ينفي فى حكمه هذه الواقعة . وإذا عين الحكم الجنائى الشخص
الذى وقع عليه الضرر وكان هذا مؤثراً فى الحكم الجنائى ، تقيد به القاضى المدنى ، كما إذا
أثبت القاضى الجنائى أن السرقة وقعت على الزوج أو أن هتك العرض وقع على شخص
تحت سلطة التهم ، فلا يستطيع القاضى المدنى أن يثبت فى حكمه غير ذلك ، لأن الحكم
الجنائى يتأثر بهذا التعارض ، فإن كون الجنى عليه هو زوج التهمة أعفى هذه من عقوبة
السرقة ، وكون الجنى عليها هى تحت سلطة التهم شدد من عقوبة هتك العرض . وإذا
عرض القاضى الجنائى للضرر من حيث طبيعته أو من حيث مقداره ، فإن هذا لا يؤثر عادة
فى الحكم الجنائى ، فلا يتقيد به القاضى المدنى . أما إذا أثر ، كأن أثبت القاضى الجنائى
أن الضرر هو عاهة مستديمة أو أثبت أن الجرح نشأ عنه عجز عن العمل مدة تزيد على
عشرين يوماً ، تقيد القاضى المدنى بذلك ، لأن العاهة المستديمة قلبت الجرح إلى جناية ،

ولأن الجرح إذا أعجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً استوجب عقوبة أشد .

أما بالنسبة إلى ركن الخطأ ، فإن الحكم الجنائي للقاضي بالإدانة يكون قد عرض له حتماً وأثبت وجوده ، وإلا لما صدر حكم بالإدانة . فيقتيد القاضي المدني في حكمه بوجود الخطأ من الناحية المدنية . ذلك أن كل خطأ جنائي هو في الوقت ذاته خطأ مدني ، ولا عكس^(١) . وإذا كان قد يقع أن الخطأ الجنائي — وهو في الوقت ذاته خطأ مدني كما قلنا — لا يحدث ضرراً ، كجريمة التشرد وجرائم المرور والشروع في الجرائم ، فلا تتحقق المسؤولية المدنية ، فإن ذلك لا يرجع إلى أن الخطأ الجنائي ليس بخطأ مدني ، بل يرجع إلى أن ركناً من أركان المسؤولية التصديرية لم يمتد وهو ركن الضرر ، كذلك يقتيد القاضي المدني بما أثبتته الحكم الجنائي من الخطأ ، لا في ركنه المادي فحسب ، بل أيضاً في ركنه المعنوي . فإذا قال الحكم الجنائي إن المتهم صدر منه خطأ هو مسئول عنه ، لم يميز للقاضي المدني أن ينفي المسؤولية المدنية بدعوى الإكراه أو عدم التمييز أو نحو ذلك . أما بيان جسامه الخطأ في الحكم الجنائي فيقيده القاضي المدني أو لا يقيده وفقاً لما إذا كانت هذه الجسامه ضرورية لقيام الحكم الجنائي أو غير ضرورية . فإذا وصف الحكم الجنائي الخطأ بأنه عمد أو غير عمد ، فإن القاضي المدني يقتيد بهذا الوصف ، لأن وصف الخطأ الجنائي بأنه عمد أو غير عمد من شأنه أن يؤثر في وصف الجريمة ذاتها . وإذا وصف الحكم الجنائي الخطأ بأنه جسيم أو يسير ، فإن هذا ليس من شأنه أن يؤثر في الحكم الجنائي وإن أثر في تقدير العقوبة ، فلا يقتيد به القاضي المدني ، لأن الخطأ الجسيم من الناحية الجنائية ليس هو حتماً الخطأ الجسيم من الناحية المدنية .

(١) فذلك لا يقتيد القاضي المدني بالحكم الجنائي الذي ينفي الخطأ الجنائي ويقضي بالبراءة ، إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدني دون أن يوجد خطأ جنائي ، وسيأتي ذكر ذلك .

[وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم بالتعويض غير مرتبط حتماً بالحكم بالعقوبة في الدعوى الجنائية ، إذ أن الشارع أوجب على المحكمة أن تفضل في الدعوى المدنية — فانفل ولو لم يكن جريمة معاقباً عليها قانوناً إلا أنه مع ذلك قد يكون جنحة أو شبه جنحة مدنية يصح لمن فاته ضرر منه أن يطالب بصوره : قض جنائي في ١٩٥٩/١١/٣ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٠ رقم ١٨١ ص ٨٤٩] .

أما ركن السببية ، فإن أثبت الحكم الجنائي أنه موجود أو غير موجود فكأنما أثبت أن الضرر قائم . ويكون الأمر أمر حكم جنائي أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه . وقد مر بنا تفصيل ذلك . وإذا أثبت الحكم الجنائي أن هناك سبباً أجنبياً يفتي رابطة السببية ، فكأنما أثبت أن الضرر غير قائم ولكن إذا جمل الحكم الجنائي هذا السبب الأجنبي داعياً لتقسيم التعويض بين المستول والمصاب والغير ، وفقاً للقواعد التي مر ذكرها ، لم يكن القاضي المدني مقيداً بهذا التقسيم ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائي .

٢ - حكم جنائي بالبراءة : كذلك إذا صدر حكم جنائي ببراءة المتهم ، فإن ما ورد في هذا الحكم مما يبعد ضرورياً لقيامه بقيد القاضي المدني . ولا يتقيد هذا بما ورد في الحكم الجنائي إذا لم يكن ضرورياً . فإذا أثبت الحكم القاضي بالبراءة وجود الضرر وطبيعته ومداه ولكنه برأ المتهم ، فإن ما ورد فيه عن وجود الضرر وعن طبيعته ومقداره لا يقيد القاضي المدني ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائي بالبراءة . وإذا أنكر الحكم الجنائي وقوع الضرر ، فليس هذا مؤثراً في قيامه ، لأن الجريمة قد تتم دون أن يقع ضرر ، فلا يتقيد القاضي المدني بذلك . على أنه قد يكون وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، كجريمة القتل باهمال أو الضرب الذي أفضى إلى الموت ، فإذا أنكر الحكم الجنائي القاضي بالبراءة أن القتل قد وقع أو أن الضرب أفضى إلى الموت ، فإن هذا يقيد القاضي المدني .

وإذا أثبت الحكم الجنائي القاضي بالبراءة عدم وقوع الخطأ أو وقوعه ، في أحد ركنيه المادي أو المعنوي أو في ركنيه جميعاً ، فإن القاضي المدني يتقيد بما ورد من ذلك في الحكم الجنائي . فإذا قال هذا الحكم إن المتهم لم يرتكب الخطأ المنسوب إليه أو أن الخطأ وقع منه في مادته ولكنه غير مسئول عنه لأنه عديم التمييز أو لأنه أكره عليه أو لأنه كان يدافع عن نفسه ، ففي كل هذه الأحوال يتقيد القاضي المدني بما أثبتته الحكم الجنائي ، ولا يستطيع أن يقول إن المتهم ارتكب الخطأ وهو مسئول عنه لأنه مميز أو لأنه لم يكرهه أو لأنه لم يكن في حالة دفاع شرعي^(١) . ولكن ذلك لا يعني أن القاضي المدني يتقيد

(١) وكذلك إذا قضى الحكم الجنائي بالإدانة وقال إن المتهم ارتكب الخطأ المنسوب إليه وإنه مسئول ، فلا يستطيع القاضي المدني أن يقول إنه لم يرتكب الخطأ أو إنه ارتكبه ولكنه غير مسئول عنه .

هذا وتخفف المالة التي نحن بصدها عن حالة ما إذا رفضت الدعوى الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية ، وقضى بالبراءة في الدعوى الجنائية ورفض طلب التعويض في الدعوى المدنية ، واستؤثف الحكم =

بالتكليف الجنائي للوقائع التي أثبتتها المحكمة الجنائي . قد يرى القاضى الجنائي أن التهم غير مدان لأنه لم يثبت في جانبه خطأ جنائي يحمله مسئولاً عن القتل بإهمال وهي الجريمة التي نسبت إليه ، ولكن القاضى المدني قد يحكم مع ذلك على المتهم بالتعويض لأنه مسئول عن خطأ مدنى مفروض في جانبه ^(١) .

== المدني دون الحكم الجنائي . فقد قدسنا (أنظر كذاً فقرة ٦٣٣ في الماش) أنه لا يجوز أن يقال إن الحكم الجنائي قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدني فيجب أن يتقيد هذا بفلك . فالحكم المدني في هذه الحالة قد يقضى بالتعويض مع قيام حكم البراءة . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا رفع المدعى المدني دعواه مباشرة ضد التهم لفدنه إياه علناً ، طالباً عقابه والحكم عليه بتعويض ، ثم قضت المحكمة ببراءة التهم ورفض دعوى التعويض ، فلستأخذ المدعى ولم تستأخذ النيابة ، فأيد الحكم استئنافياً ، فطنن بطريق النقض ، فنقض الحكم ، ثم أعيدت المحاكمة ، قضى على التهم بالتعويض عملاً بالمادتين ١٥٠ و ١٥١ من القانون المدني (القديم) ، فلا يصح على التهم أن ينسب على المحكمة أنها في حكمها قد تعرضت لإثبات واقعة التفدض ولا أنها أقامت التعويض على تينك المادتين المذكورتين ، وذلك (أولاً) لأن المحكمة لها بل عليها أن تعرض لإثبات تلك الواقعة ما دامت تفصل في طلب التعويض عن الضرر المدعى حصوله منها ، ولا يمكن أن يحول دون ذلك عدم إمكان الحكم لأى سبب من الأسباب بالعقوبة على التهم ما دامت الدعويان المدنية والجنائية كاتما مرفوعتين معاً أمام المحكمة الجنائية ، وما دام المدعى بالمحق المدني قد استمر في السير في دعواه المدنية ، مما لا يصح معه القول بأن الحكم في الدعوى الجنائية بسبب عدم الطعن فيه من النيابة العمومية قد حاز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة إليه ، (وثانياً) لأن أساس التعويض عن كل فعل ضار هو المادتان ١٥٠ و ١٥١ مدنى (قديم) ولو كان الفصل الضار يكون جريمة يقتضى قانون العقوبات (قضى جنائى في ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ الحاماة ٢٧ رقم ٢١٣ ص ٥١٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتهم شخص بأنه أجرى لإنشاء سور خشى خارج عن خط التنظيم وداخل في الملك العام ، وقضت المحكمة ببراءته قائلة إنه لم يثبت لها من محضر المخالفة ولا من جواب البلدية أن الأرض موضوع المخالفة قد صار نزع ملكيتها ضلاً حتى يمكن أن تعتبر من المنافع العامة وأن التهم قدم صورة عقد ملكية مسجل الخ ، وأنه إذا كان الركن الأساسى للجريمة في تلك المخالفة هو كون السور خارجاً عن خط التنظيم وداخل في الملك العام ، ولم يثبت للمحكمة أن الأرض التي أقيم فيها السور من المنافع العامة فيكون ركن الجريمة هذا غير متحقق ويتمين إذن براءة التهم من المخالفة دون حاجة إلى الفصل في مسألة ملكية شخص معين بالثبات لتلك الأرض — إذا كان ذلك كذلك فإن كل ما يفيد حكم البراءة هذا ويصح الاحتجاج به في صدده إنما هو أن الأرض موضوع النزاع لم تكن في يوم المخالفة من المنافع العامة . وإذا ما طرح النزاع في شأن ملكية هذه الأرض بعد ذلك على المحكمة المدنية ، وحكمت بالملكية لنير المخالف المحكوم ببراءته ، فإنه لا يمكن القول بأن حكمها هذا يكون متناقضاً لحكم البراءة في المخالفة (قضى مدنى في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٠ ص ٥١٣) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الجنائي الصادر ببراءة التهم بإخفاء أشياء مسروقة لا يمنع من الحكم عليه بتعويض للمجنى عليه في جريمة السرقة ، إذا كان المجنى قد ارتكب في القليل إهمالاً بقبوله ==

وإذا أثبت الحكم الجنائي القاضى بالبراءة وجود السببية أو انعدامها ، فكأنما أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه ، فتقع الأحكام التى قلدناها فى هذه المسألة . وكذلك إذا أثبت الحكم الجنائي وجود سبب أجنبي يفيى السببية فكأنما أثبت عدم قيام الضرر . ولكن إذا أثبت أن السبب الأجنبي من شأنه أن يقسم التعويض ما بين المسئول والمصابه والغير ، فهذا التقسيم ، وهو غير ضرورى لقيام الحكم الجنائي ، لا يقتيد به القاضى المدنى .

المطلب الرابع

الحكم الصادر فى دعوى المسئولية وطرق الطعن فيه (وبخاصة طريق الطعن بالنقض)

٦٣٥ — مسألتاه : بعد أن حددنا طرق الخصومة فى دعوى المسئولية ، والطلبات

بضاعة من شخص لا يجزى مثلها دون أن يستعلم منه عن مصدر هذه البضاعة (استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ س ١٥٦ — أنظر أيضاً فى أن الحكم الجنائي بالبراءة لا يقيد القضاء المدنى فى الحكم بالتعويض : استئناف مختلط فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ س ٣٦٧ — وفى ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ س ٢٢٩) .

[وقد قضت محكمة النقض بأن القضاء بالبراءة لعدم الضابط على واقعة القبض بدون وجه حق لا يؤدى حتماً إلى انقضاء المسئولية المدنية ولا يمنع من أن تكون نفس هذه الواقعة ضلاً خاطئاً ضاراً يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر : نفس جنائى فى ١٧/٤/١٩٥٦ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم السنة ٥٦ العدد ٥ و ٦ رقم ٨٤] .

هذا وإذا تأمل الخطأ الجنائي والخطأ المدنى ، كانت تربة المتهم من الضلأ الجنائي ماضية من الحكم عليه بالتعويض . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم الجنائي براءة مالك الغاز الذى كان متهماً بأنه م مع علمه بوجود خلل فى البلكون لم يرمه وتسبب بذلك فى إصابة أحد السكان ، وكان سبب البراءة هو عدم وقوع خطأ من جانبه إذ هو كان قد قام بإصلاح البلكون فعلاً ، فإن هذا الحكم يمنع القاضى المدنى من أن يستمع إلى الادعاء بوقوع الخطأ الذى قضى بانتفائه (نفس مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ س ٢٥ . ويلاحظ أن الحكم الجنائي هنا إذا متر الحكم بالتعويض عن خطأ كان لا بد من إثباته فى جانب مالك البناء وفقاً للقانون المدنى القديم ، فإنه لا يمنع الحكم بالتعويض عن خطأ مفروض فى جانب مالك البناء وفقاً للمادة ١٧٧ من التقنين المدنى الجديد) .

أنظر فى هذا الموضوع تطبيق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ س ١٩٦ —
س ٢٤٩ .

التي يتقدم بها المدعى والدفع التي يرد بها المدعى عليه الدعوى ، وكيف ثبتت هذه الطلبات والدفع ، بقى أن نتكلم في الحكم الذي يصدر في الدعوى ل ترى : (١) ماهو طرق الطعن التي توجه إليه (٢) وماهى الآثار التي تترتب عليه .

١ § - طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى المسؤولية

٦٣٦ - طرق الطعن بوجه عام : لا يختلف الحكم الصادر في دعوى المسؤولية عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . فهو إذا صدر غيابياً يقبل الطعن فيه بطريق المارضة . وإذا صدر من محكمة الدرجة الأولى يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف .

أما طرق الطعن غير العادية فهى النقض والتماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذى يتعدى إليه الحكم . ولا كلام في الطريقين الأخيرين . إذ تطبق في شأنهما الأحكام المعروفة في قانون المرافعات .

٦٣٧ - الطعن بطريق النقض : وكذلك الطعن بطريق النقض ؛ فإنه هو أيضاً تتبع في شأنه أحكامه المعروفة . ومن هذه الأحكام أنه لا يجوز لأول مرة أمام محكمة النقض أن تقدم لاطلبات جديدة (demandes nouvelles) ولا وسائل جديدة (moyens nouveaux) بخلاف محكمة الاستئناف فيجوز أن تقدم إليها الوسائل الجديدة دون الطلبات . ومن ثم لا يجوز الاستناد لأول مرة أمام محكمة النقض على الخطأ التقصيرى المفترض أو الخطأ العقدى ، إذا كان المدعى قد استند أمام محكمة الموضوع على الخطأ التقصيرى الثابت . ويجوز ذلك أمام محكمة الاستئناف ، على خلاف في رأى يفتاه فيما تقدم ^(١) .

بقى أن نجمل هنا - وكنا قد أشرنا إلى ذلك في أما كن متفرقة - ما هو الواقع الذى لا يجوز لمحكمة النقض أن تعقب عليه وما هو القانون الذى يخضع لرقابتها في شأن أركان المسؤولية الثلاثة : الخطأ والضرر والسببية .

١ — الخطأ : لا يخضع لرعاية محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التي يقدمها المدعى لإثبات ركن الخطأ أو لنفيه^(١) ، وما صح منها وقوعه وما لم يصح . أما التكييف القانوني لما صح وقوعه عند محكمة الموضوع ، وهل هذه الوقائع يصح أن توصف بأنها خطأ^(٢) ، وهل هذا الخطأ تقصيري أو عقدي ، وإذا كان تقصيرياً هل هو عمد أو جسيم أو يسير ، وهل يكفي أن يكون مفترضاً أو يجب إثباته ، وهل إذا كان مفترضاً يجوز إثبات العكس أو لا يجوز ، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرعاية محكمة النقض . كذلك تعتبر مسائل قانونية تخضع لرعاية محكمة النقض ما إذا كان الركن المعنوي متوافراً في الخطأ وهل انعدام التمييز من شأنه ألا يحمل الخطأ قائماً ، وهل قامت أسباب من شأنها أن تعدل الخطأ كالدفاع الشرعي وتنفيذ أمر الرئيس وقيام حالة الضرورة ، ومتى يكون الشخص

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد استقر على نفي المسؤولية التقصيرية بناء على أسباب سائفة استخلصتها نتيجة لهم سليم الواقع وتطبيق صحيح للقانون ، فإنه لا يكون ثمة محل للنقض عليه في ذلك (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٩٩ ص ٨٧٨)] .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تكليف وقائع التقصير الثابتة بأنها خطأ يخضع لرعاية محكمة النقض (قض مدني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٧ ص ٢١٤) . وقضت أيضاً بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا محجب لتقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباط السبب بالسبب والمعلول بالعللة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلامهما من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي الموضوع لرعاية محكمة النقض . فإذا قضى حكم على وزارة الداخلية بالتعويض لورثة شخص سقطت عليه مثذنة جامع فقتله ، مستنداً إلى وقوع خطأ من جانب أحد الأقسام في تنفيذ إشارة مهندس التنظيم المبلغة لهذا القسم لمنع المرور أمام ذلك الجامع خشية من سقوط مثذنته لوجود خلل بها ، إذ القسم لم يفلح الحوائث ولا منصوس فيها على منع المرور من الشارع مناصاً كلياً ، وثبت أن البوليس قام بتنفيذ ما طلب منه في حدود نص الإشارة وفي حدود المقول ، فالتضاء بالتعويض استناداً إلى وقوع خطأ من البوليس يخالف للقانون (نقض مدني في ١١ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٨ ص ٣٠٠ — ونلاحظ أنه إذا كان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع في تكييفها الأعمال الصادرة من المدعى عليه بأنها خطأ ، فهي في ذلك تلزم تطبيق معيار الخطأ . وإذا صح أن البوليس لم يخطئ إذ قام بتنفيذ ما طلب منه في حدود نص الإشارة وفي حدود المقول ، أي أنه لم يتصرف عن السلوك المألوف للشخص العادي في الظروف الخارجية التي وجد فيها ، فهندس التنظيم قد أخطأ بعدم النص في الإشارة على اتخاذ جميع التدابير اللازمة للوقاية من خطر سقوط المثذنة ، فالتصرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادي ، وتكون الحكومة على كل حال مسئولة عن خطأ مهندس التنظيم) .

المنوى مسئولاً عن الخطأ ، وفي أى الأحوال يوجد التعسف فى استعمال الحق . ويمكن القول بوجه عام إن جميع مسائل الخطأ تخضع لرقابة محكمة النقض إلا ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية فى هذا الشأن^(١) .

٢ - الضرر : ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية فى شأن الضرر . فإذا قررت أن المدعى قد كسر له ضلع أو أن سيارته قد تلقت أو أن منزله قد حرق ، فلا تعقيب لمحكمة النقض على صحة هذه الوقائع فى ذاتها^(٢) . أما تكييفها

(١) ويجب أن تستخلص المحكمة الخطأ من وقائع ثابتة متجة تذكرها فى الحكم ، وإلا كان حكمها باطلا لقصور أسبابه . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب على المحكمة عند القضاء بجمويع بدعى ترتبه على إجراءات كيدية خنارة أن تثبت فى حكمها أركان الخطأ المستوجب لتعمييض تطبيقاً للمادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، وإلا كان حكمها باطلا لقصور أسبابه (نقض مدنى فى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٦٦ ص ١١١٩) . وقضت أيضاً بأنه متى أثبتت المحكمة الأفعال التى صدرت من شخص ما (فرداً كان أو شخصاً منوباً) واعتبرها متصلة بعضها ببعض اتصال الأسباب بالتأثير ، ثم وصف هذه الأفعال بأنها أفعال خائفة قد ألفت ضرراً بضخص ما ، واعتبر من صدرت منه تلك الأفعال مسئولاً عن الضرر الذى نشأ عنها ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون . وإن فإذا حل الحكم مصلحة الآثار مسئولية خطأ ما فى سببها من متجر بالآثار رخصته ، وما ترتب على هذا السبب من اعتباره متجراً بغير رخصة ، وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة الملقة على محل تجارته الخ . وقضى له بناء على ذلك بجمويع عمال لحقه من الأضرار ، وقضاؤه بذلك صحيح قانوناً (نقض مدنى فى ٩ إبريل سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٤٥ ص ١٠٩١ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) . وقضت كذلك بأنه إذا اتحل الحكم للجانح الضار سبباً تقصيراً لا يمكن استخلاصه عقلاً من عناصر التحقيق التى كانت أمام المحكمة ، فيتعين نقضه (نقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠ : وقد جاء فى أسباب الحكم ما يأتى :
وحيث أن قول المحكمة الملون فى أن الفعل الضار فى هذه الدعوى هو اختلات سير البريمة فى آلة تجارية عن موضه بمجرة عنيفة فجائية ، وأن هذا الاختلات النيف القبحائ لا يكون إلا إذا كانت الآلة مختلة وكان السبب فى اختلاتها تقصير صاحبها فى صيانتها هو قول لا مصدر له فى محضر ضبط الواقعة ، إذ لم يرد به فى أى موضع منه أن السير اختلت أصلاً برف أو بغير علف ، وأن علة اختلاته هى الخلل ، بل الذى جاء به لا يمكن أن يستخلص العقل منه ما استخلصه الحكم الملون فيه ... وأقصى ما يصح استنتاجه عقلاً ... أن سير التريال لم يكن فى موضه الطبيعى ، وأن التوفى حاول رده إلى موضه ، فعمد العلم بغير أن يوقف الآلات ، فأصيب ... كل ذلك جاء دالاً على ألا اختلات لسير البريمة ولا عمل لظن بأن هناك اختلاتاً ، ولا أن علة هذا الاختلات هى الخلل فى الآلات — وترى محكمة النقض فى هذا الحكم تشدد كثيراً فى استخلاص الخطأ من الوقائع الثابتة) .

(٢) ولكن يجب أن يذكر الحكم ما هو الضرر الذى أصاب المدعى ، وإلا اعتبر التسبب قاصراً . =

القانوني ، وهل تكفي لتكوين ركن الضرر ، وهل هذا الضرر محقق أو محتمل ، وهل هو ضرر مباشر أو غير مباشر ، وما هو الضرر الأدبي ، وهل يجب تمويضه ، كل هذه من مسائل القانون . وتقدير الضرر ، وتعيين طريقة تمويضه ، وتحديد المبلغ اللازم للتمويض إذا كان التمييز شديداً ، كل هذه من مسائل الواقع لا تعيق عليها من محكمة النقض . ولكن تقسيم التمييز بالنسبة التي يوجبها القانون على المسئول والمضروب . والفير مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى المحكم بتمويض على شخص لعدم تقديمه عقد إجارة مودعاً لديه إلى شريكه في الإجارة ، دون أن يبين وجه الضرر الذي لحق بالمحكوم له بالتمويض ، مع نفي المحكوم عليه لحق أي ضرر به ، اعتبر هذا المحكم غير مسبب فيما أوجب من التمييز وتعين نقضه (نقض مدني في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٨٥ ص ١٥٨) .

(١) . وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التمييز عن الضرر أمر متروك لرأي محكمة الموضوع ، فهي إذ تقدر تمييز الضرر المترتب على دفع كيدى ، وتبين كيفية تقديرها له ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، ما دامت قد اعتمدت في ذلك على أساس معقول (نقض مدني في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٢ ص ٢٨) . وقضت بأن إثبات حصول الضرر أو هيبه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع فلذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من التصهد بتوريد الأغذية لأحد السلاجى هو « أمر خطير فيه تمريض لصحة اللاجئين فضلاً عما فيه من إفساد للمستغنين الموكول إليهم حاجتهم والحفاظة على سلامتهم » ، ثم رأت أن التمييز للضرر في عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، فحكمت بإلزام التصهد به فلا معقب على حكمتها لمحكمة النقض (نقض مدني في ٧ مارس سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٣٣) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة قد قدرت التمييز على أساس ما أثبتته على المحكوم عليه من الخطأ في عدوله عن الصفقة التي كان المراد فيها قد رسا عليه ، وما أثبتته على المحكوم له ذاته من تباطؤ وترأخ في إبلاغ رسو الزاد في الوقت المناسب إلى الراسى عليه ، وما كانت عليه الأسعار من تقلبات في الفترة ما بين الزاد الأول والمراد الثاني الذي كان طلب التمييز على أساس نقض الثمن فيه ، فلها تكون قد بينت أساس التمييز المقضي به ، وهذا يكفي لسلامة الحكم . أما قيمة التمييز فتزوك لسلطة المحكمة بتقديرها على وفق ما تراه (نقض مدني في ٤ يونيو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٧٠ ص ٤٧٣) [وقضت بأن تعديل المحكمة الاستئنافية لقيمة التمييز بالزيادة أو النقص أمر موضوعي (نقض مدني في ٢٨/٦/١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٦٦ ص ٨٧٧) وقضت كذلك بأن التمييز يقدر بقدر الضرر ، ولئن كان هذا التقدير من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضى الموضوع ، فإن تعيين العناصر المكونة لقانوناً للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التمييز من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض ، لأن هذا التعيين من قبيل التكليف القانوني للواقع (نقض مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

[غير أن الدائرة الجنائية بمحكمة النقض لا ترى حاجة إلى بيان عناصر الضرر ، مستندة في ذلك إلى]

٣ - السببية : ولا تعقب على محكمة الموضوع فيما تسجله من الوقائع التي يستفاد منها قيام علاقة السببية ، ما بين الخطأ والضرر^(١) . أما تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية . وهل هي كافية لإيجاد علاقة السببية ، وما هو السبب الأجنبي الذي تنقضي معه هذه العلاقة ، وما هي الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث المفاجيء ، وهل هناك فرق ما بين السببين ، وما الأثر الذي يترتب على فعل المضرور وفعل الغير في تحديد مسؤولية المدعى عليه ، وما الحكم إذا تملدت الأسباب ، وماذا يترتب على تعاقب الأضرار ، فكل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

وخلاصة ما تقدم : ويمكن القول بوجه عام إن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الأركان الثلاثة للمسئولية ، من خطأ وضرر وسببية ، لا تعقب عليه محكمة النقض . أما التكييف القانوني لهذه الوقائع ، ويدخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فذلك يدخل في المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا .

٢٤ - الآثار التي تترتب على الحكم الصادر في دعوى المسؤولية

٦٣٨ - الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض - نشوء الحق في التعويض منذ وقوع الضرر : مصدر الحق في التعويض ليس هو الحكم الصادر في دعوى المسؤولية . فالحكم ليس إلا مقررأ لهذا الحق ، لا منشأ له . وحق المضرور في التعويض إنما نشأ من

== أن تقدير التعويض من ساطعة محكمة الموضوع ، ولهذا لا يقبل النعي على الحكم بأنه لم يبين أسس التقدير أو عناصر الضرر (انظر قض جرائني في ١٠/٢٢/١٩٥١ مجموعة أحكام التقض الجنائي السنة ٣ رقم ٤٠ ص ٩٧ وفي ١٠/١٠/١٩٥٤ - قض المجموعة ٥ رقم ٢٠٥ ص ٦٠٤ - وفي ١٧/٥/١٩٥٤ - قض المجموعة ٥ رقم ٢١٥ ص ٦٤٠ - وفي ٢٤/٥/١٩٥٤ قض المجموعة ٥ رقم ٢٣٣ ص ٦٩٩ - وفي ٦/٢/١٩٥٥ قض المجموعة ٦ رقم ٣١٦ ص ١٠٧٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القول بقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو من المسائل المتعلقة بالواقع . فلا يخضع قاضي الموضوع في فهمه له لرقابة محكمة النقض ، إلا أن يشوبه تبسيه عيب (قض مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥) .

العمل غير المشروع الذى أتاه المسئول ، فرتب في ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسؤولية الثلاثة ، وإذا أردنا التحديد فن وقت وقوع الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ ، ومن هذا الوقت لا قبله تتحقق المسؤولية في ذمة المسئول وبترتب حق الضرور في التعويض^(١) .

ونشوء الحق في التعويض وقت وقوع الضرر لا وقت صدور الحكم له أهمية عملية من وجوه كثيرة ، نذكر منها الوجوه الآتية :

أولاً - يجوز للضرور أن يتصرف في حقه ، أو أن يتصرف بهقتضى هذا الحق ، من وقت وقوع الضرر ، ولا حاجة به إلى انتظار الحكم . فله من وقت وقوع الضرر أن يحول حقه إلى الغير ، وأن يوقع حجزاً تحت يدمدين المسئول ، ولو أفلس المسئول حتى قبل صدور الحكم دخل الضرور في التفليسة ، وإذا كان المسئول مؤمناً على مسؤوليته كان للضرور حق الرجوع على شركة التأمين حتى لو جد ما بين وقوع الضرر وصدور الحكم ما يستوجب سقوط الحق في التأمين .

ثانياً - يسرى التقادم في دعوى المسؤولية ، لا من وقت صدور الحكم ، بل من وقت وقوع الضرر أو من وقت العلم بالضرر وبالمسئول عنه على التفصيل الذى قدمناه .

ثالثاً - للضرور ، إلى جانب التعويض الأصلي ، تعويض عن التأخير يسرى من وقت وقوع الضرر . ولا يتوقف هذا الحق على الإعذار لأن الإعذار لا ضرورة له إذا.

(١) أنظر في هذا المعنى : استئناف مغلط في ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ س ٢٤٦ - وفى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ س ١٥٨ . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بترتيب الحق في التعويض من وقت الحكم (أنظر في هذا القضاء وفى قدمه مازو ٣ فقرة ٢٢٥٣ - فقرة ٢٢٦٠ - وانظر في هذا المعنى أيضاً من أن الحق في التعويض لا ينشأ إلا من وقت الحكم النهائي محكمة الاستئناف الوطنية في ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٧ س ٢٠٦) .

هذا وقد ينشأ الحق في التعويض قبل وقوع الضرر ، وذلك في حالة ما إذا كان هذا الضرر مستقبلاً ولكنه محقق . فقد رأينا فيما قدمناه أن الحق في التعويض ينشأ منذ وقوع الخطأ عن ضرر مستقبلي محقق الوقوع .

كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ولا يتوقف على صدور الحكم لأن الحق في التعويض الأصلي قد نشأ من وقت وقوع الضرر . ولكن لما كان التعويض الأصلي قبل صدور الحكم غير معلوم المقدار ، فهناك رأى يذهب إلى أنه لا يمكن تطبيق أحكام الفوائد القانونية فإن تطبيق هذه الأحكام يقتضى أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . فلم يبق إذن إلا تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن القاضى لا يحكم بتعويض عن التأخير إلا إذا طلب للضرر ذلك وأثبت الضرر الذى أصابه من التأخير . ومهما يكن من أمر فإن الذى يقع في الغالب أن القاضى يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن الضرر ، ويدخل في تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلي الناشئ عن خطأ المسئول ، والضرر الناشئ عن التأخير في دفع التعويض إلى يوم النطق بالحكم . فيجمع التعويضين في مبلغ واحد^(١) .

٦٣٩ - الحكم بقوم الحق في التعويض وبفرضه : وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض ، إلا أن له منذ صدوره أثراً محسوساً في هذا الحق . فقد كان الحق قبل صدور الحكم حقاً غير مقوم ، فأصبح بالحكم مقوماً ، ويفلج أن يقدر بمبلغ معين من النقود .

(١) استئناف غنطلي ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٤ - وفي ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ - وفي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ - قازن استئناف غنطلي ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٧٣ .

هنا ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم ، ويحق للضرر أن يطلب به بدعوى جديدة ، فيقتضى له بالسرا القانونى للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة . وقد طلب المضرور في الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلي ، فيقتضى له بالسرا القانونى للفوائد من وقت صدور الحكم في الدعوى الأصلية ، ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يسوغ المطالبة بفوائد تأخيرية عن مبلغ التعويض المحكوم به عن العمل غير المشروع إلا من تاريخ صدور الحكم التام بالتعويض باعتبار أنه التاريخ الذى يصح فيه عمل الالتزام معلوم المقدار طبقاً لنس المادة ٢٢٦ من المقتضى المدنى : نقض مدنى في ١٥ فبراير ١٩٦٢ مجموعة الأحكام القانونية السنة ١٣ ص ٢٥٣ رقم ٣٩] .

ولا يقتصر الحكم على تقويم الحق، بل هو أيضاً يقويه من الوجوه الآتية : (١) يصبح الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا باقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ من القانون المدني الجديد على أنه « إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر القضي . . . كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة » . (٢) يجوز للمضروب ، وقد أصبح بيده حكم واجب التنفيذ ، أن يحصل على حق اختصاص بمقاربات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات . (٣) يكون الحق في التعميض بعد صدور الحكم النهائي قابلاً للتنفيذ به على أموال المدين .

المبحث الثاني

جزاء المسئولية (*)

(التعميض)

٢٤٠ — صورته للتعميض : جزاء المسئولية هو التعميض ، وهذا الجزاء إما أن يقوم في صورته العادية للألوفة ، وإما أن تقتوره ملاسبات وأوصاف فتخرجه إلى صورة معدلة .

ونستعرض كلا من هاتين الصورتين .

(*) بعض المراجع : ليسين ريبير (Lucien Ripert) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - ديوا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ - كوليار (Collard) رسالة من لكس سنة ١٩٣٨ - جيفون (Givord) رسالة من جرينويل سنة ١٩٣٨ - الموجز للمؤلف فقرة ٣٣١ - فقرة ٣٣٢ - الأستاذ مصطفى حري في المسئولية المدنية فقرة ٣٣٣ - فقرة ٣٤٦ وفقرة ٣٥٧ - فقرة ٣٦١ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٤٥ - ٣٥٠ وقره ٤٧٠ - فقرة ٤٧٤ - الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار فقرة ٥٥ - فقرة ٧٠ . [وانظر حتى باج ٢ بند ١٠١٨ والمراجع المشار إليها] .

المطلب هوأول

التعويض في صورته العادية للألوة

٦٤١ - طريقة التعويض وكيفية تقديره : نبحت أمرين : (١) كيف يمين القاضي طريقة التعويض (mode de réparation) (٢) وكيف يقدر القاضي مدى التعويض . (évaluation des dommages-intérêts)

١ § - طريقة التعويض^(١)

٦٤٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ١٧١ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :
١ - يمين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسلاً كما يصح أن يكون إراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً .

٢ - ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض^(٢) .

(١) [أنظر بيان جزء ٩ مكررس ٢٧١ بند ١٦٥٢ وما بعده - دى باج > ٢ بند ١٠٢٦ وما بعده - مارتن وريثو > ٢ ص ٥٥١ بند ٥٠٨ - وما بعده] .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٩ من المشروع التهيدى على الوجه الآتي : ١ - يمين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض إراداً مرتباً ، ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً . ٢ - ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المصاب ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين وذلك على سبيل التعويض . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى في الجزء الأخير منها على الوجه الآتي : « ويصح أن يكون التعويض مقسلاً كما يصح أن يكون إراداً مرتباً . ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً » ، واستبدلت كلمة « المضرور » بكلمة « المصاب » في الفقرة الثانية . وأصبح رقم المادة ١٧٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني يجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة « متصل بالعمل غير المشروع » لحد من

ويتبين من هذا النص أن الأصل في التعويض أن يكون تعويضاً نقدياً . ذلك أن التعويض (réparation) بمناه الواسع إما أن يكون تعويضاً عينياً وهذا هو التنفيذ العيني (exécution en nature) وإما أن يكون تعويضاً بمقابل (réparation par équivalent) والتعويض بمقابل إما أن يكون تعويضاً غير نقدي (réparation non-pécuniaire) أو تعويضاً نقدياً (réparation pécuniaire) -

٦٤٣ - التمييز العيني : التعويض العيني أو التنفيذ العيني هو الوفاء بالالتزام عينياً . ويقع هذا كثيراً في الالتزامات النقدية^(١) . أما في المسؤولية التقصيرية فيمكن كذلك في

= إطلاق العبارة الأخيرة ما دام التطبيق الدليل لهذا النص هو نشر الحكم أو الاعتذار من واقعة سب مثلاً ، فيكون نطاق الحكم واضحاً غير مجهول . وأصبح رقم المادة ١٧١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها ليجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٥ - ص ٣٩٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : ١ - ليست المسؤولية التقصيرية بوجه عام سوى جزاء للخروج على التزام يفرضه القانون : هو التزام عدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع . وإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية التقاعدية ، فعلى التقضى من ذلك لا بكون لهذا الضرب من التنفيذ - وهو يقتضى إعادة الحال إلى ما كانت عليه كهدم حائط بى بغير حق أو بالتصنف في استعمال حق - إلى منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية . ٢ - فالتنفيذ بمقابل أى من طريق التعويض المالى هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية . والأصل في التعويض أن يكون مبلغاً من المالى . ومع ذلك يجوز أن يختلف صوره ، فيكون مثلاً لإيراداً مرتباً بمنح لمعامل تقدمه حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوده ، ويجوز للقاضى في هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأمناً أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغى التمييز بين التعويض من طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوف مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافى (أنظر المادة ٢٣٧ من المشروع) . هذا ويسوغ للقاضى فضلاً عما تقدم أن يحكم في أحوال استثنائية بأداء أمر معين على سبيل التعويض ، فيأمر مثلاً بنشر الحكم بطريق الصق على حقة المحكوم عليه (أو يكتفى بأن ينوه في الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر افتراء أو سباً : المادة ١٤٠٩ من التقنين الهولندى) لتعويض المذدوف في حقه عن الضرر الأدبى الذى أصابه . وغنى عن البيان أن مثل هذا التعويض لا هو بالعيني ولا هو بالمالى ، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٦ - ص ٣٩٧) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: السورى ١٧٢م (مطابق) - الليبى ١٧٤م (مطابق) - العراق ٢٠٩م (مطابق) - لبنان ١٣٦م (موافق) .

(١) فن التزم بصد أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يحتج عن عمل يتيسر في كثير من الأحوال إجباره على تنفيذ التزمه . فالبائع ، وقد التزم بنقل ملكية المبيع ، يجبر على تنفيذ التزمه ، وتنتقل الملكية إلى المشتري بتسجيل عقد البيع ، فإن امتنع البائى عن التصديق على إحضائه أمكن استصدار حكم =

قليل من القروض أن يجبر للدين على التنفيذ العيني. ذلك أن المدين في المسئولية التصيرية قد أخل بالتزامه القانوني من عدم الإضرار بالغير دون حق . وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل تمكن إزالته ومحو أثره . كما إذا بنى شخص حائطاً في ملكه ليسد على جاره الضوء والهواء تصفياً منه ، ففي هذه الحالة يكون الباني مسئولاً مسئولية تصيرية نحو الجار بتعويض ما أحدثته من الضرر ، ويجوز هنا أن يكون التعويض عينياً بهدم الحائط على حساب الباني ، أو عن طريق التهديد للمال . وهذا ما قصد إليه التقنين المدني الجديد عند ما ينص في الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه « يجوز للقاضي ، تباً للظروف ، وبناء على طلب الضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه » .

والقاضي ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني . ولكن يتعين عليه أن يقضى به إذا كان ممكناً ، وطالب به الدائن .

٦٤٤ — المبرهن غير القسري : وفي الكثرة النالبة من الأحوال يتعذر التنفيذ العيني في المسئولية التصيرية . فلا يبقى أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض . وليس من الضروري أن يكون التعويض قدماً ، وإن كان هو الغالب . فيجوز للقاضي أن يحكم بأن يدفع للدائن بسد أو بسهم تنتقل إليه ملكيته ويستولى على ريمه تعويضاً له عن الضرر الذي أصابه . كما يجوز للقاضي ، في حالة ما إذا هدم صاحب السفلى سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه ، أن يأمر ببيع السفلى لمن يتعهد ببنائه (أنظر م ٦٨٠ قرة أولى) . وفي دعاوى السب والتفديس يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي

== ضده بإبانت البع ، وبسجل هذا الحكم تنتقل الملكية إلى المشتري . والمقاول الذي التزم ببناء منزل ، إذا امتنع عن تنفيذ التزامه ، أمكن أن يجبر على ذلك بأن يبنى الدائن المنزل على حسابه . ومن التزم بسد ألا ينتج نافذة على جاره ، فقتعها ، أمكن إجباره على سدّها ولو بمصروفات على حسابه . أما إذا كان العمل الذي التزمه المدين يقتضي تدفقه الشخص ، فيمكن الوصول إلى التنفيذ العيني عن طريق التهديد المالي المنصوص عليه في المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين المدني الجديد .

أصاب المدعى عليه . وهذا ما عناه التقنين المدني الجديد عندما نص في الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه يجوز للقاضي « أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » . بل إن الحكم بالمصروفات على المدعى عليه في مثل هذه الأحوال ، والافتصار على ذلك ، قد اعتبر تمويصاً كافياً عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى ، وهو تمويص غير نقدي لأن للحفظ فيه هو المعنى الذي يتضمنه .

٦٤٥ - التعويض النقدي : وهذا هو التعويض الذي يطلب الحكم به في دعاوى المسؤولية التقصيرية . فإن كل ضرر - حتى الضرر الأدبي - يمكن تقويمه بالنقد . ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ المبنى ، ولا يرى القاضي فيها سبيلاً إلى تمويص غير نقدي ، يحكم بتعويض نقدي . والتعويض النقدي هو الأصل . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧١ من التقنين المدني الجديد على أنه « يقدر التعويض بالنقد » .

والأصل أيضاً أن يكون التعويض النقدي مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة . ولكن ليس ثمة ما يمنع القاضي من الحكم ، تبعاً للظروف ، بتعويض نقدي مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة . والفرق بين الصورتين أن التعويض للمقسط يدفع على أقساط تحدد مددها ، ويعين عددها ، ويتم استيفاء التعويض بدفع آخر قسط منها . أما الإيراد المرتب مدى الحياة ، فيدفع هو أيضاً على أقساط تحدد مددها ، ولكن لا يعرف عددها لأن الإيراد يدفع مادام صاحبه على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بموته . ويحكم القاضي بتعويض مقسط إذا رأى أن هذه هي الطريقة المناسبة للتعويض . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان المدعى قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معينة من الزمن ، فيقتضى له بتعويض مقسط حتى يبرأ من إصابته . ويحكم القاضي بإيراد مرتب مدى الحياة إذا كان العجز عن العمل - كلياً أو جزئياً - عجزاً دائماً ، فيقتضى للضرور بإيراد يتقاضاه مادام حياً ، تعويضاً له عما أصابه من الضرر بسبب هذا العجز الكلي أو الجزئي^(١) . ولما كان المسئول

(١) استئناف مخطوط في ١٤ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٤ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ =

هو المدين بهذا التعويض المقتطع أو بهذا الإيراد للرتب ، و كان الدين المترتب في ذمته يبقى مدحاً قد تطول ، فقد يرى القاضى أن يلزمه بتقديم تأمين . وهذا هو ما تقتضى به الفقرة الأولى من المادة ١٧١ من التقنين المدنى الجديد ، إذ تنص على أنه « يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقتطعاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً » . وليس هناك ما يمنع القاضى من أن يحكم على المسئول بدفع مبلغ من المال إلى شركة تأمين مثلاً لتحويله إلى إيراد مرتب يعطى للمضروب ، ويكون هذا بمثابة التأمين للدائن .

فإذا تضرر التنفيذ المعنى والتعويض غير النقدي ، وتعين الحكم بتدويض نقدي ، ولم تستلغ الظروف أن يكون هذا التعويض مقتطعاً أو إيراداً مرتباً ، رجع القاضى إلى الأصل وهو الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضروب دفعة واحدة .

٢٤ - تقدير التعويض

٦٤٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ١٧٠ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« يقدّر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضروب طبقاً لأحكام اللاتنين ٢٢١ و ٢٢٢ ، مراعيًا في ذلك الظروف الملازمة . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير » ^(١) .

== م ٢١ من ٩٣ - وفي ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٣٨٨ . وقد يعتبر التعويض المنقط إلى أن يبرأ المضروب من إصابته لإيراداً مرتباً ، ولكن لا إلى مدى الحياة ، بل إلى حين البرء من الإصابة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٧ من المشروع التهديدى على الوجه الآتى : « يقرر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق للصاب طبقاً لأحكام اللاتنين ٢٢٩ و ٣٠٠ ، مراعيًا في ذلك الظروف وجسامه الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يحدد مدى التعويض تحديداً كافياً ، فله أن يحتفظ ==

للمصاب بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في الحكم. وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات على النص تجعله أكثر تحقيقاً للمعنى المقصود، فأصبح النص في المشروع النهائي (المادة ١٧٤) على الوجه الآتي: « يقدر القاضي مدى التمييز من الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠، مراعيًا في ذلك الظروف وجسامته الخطأ. فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يبين مدى التمييز تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير. « وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « مراعيًا في ذلك الظروف وجسامته الخطأ » لأن جسامته الخطأ تدخل في عموم لفظ الظروف. ولا اعترض على النص بأن في تطبيقه خروجاً على قاعدة حجية الأحكام إذ أنه يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة لإعادة النظر في التقدير، أوجب على هذا الاعتراض بأنه إذا كان الحكم نهائياً انتهى الأمر، ولما إذا رأى القاضي أن الموقف غير جلي، واحتفظ في حكمه للمضرور بالرجوع بتمييز تكميلي خلال مدة يبينها، فلا يتناقض ذلك مع قاعدة حجية الأحكام. وأصبح رقم المادة ١٧٠. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها بأنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٠ — ص ٣٩٥).

ويقابل هذا النص في القوانين الجديد نص المادتين ١٧١/١٧٩ على الوجه الآتي: « التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الحسارة وما ضاع عليه من الكسب، بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة من عدم الوفاء ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد نص التفتين الجديد ما يأتي: « يحدد النص مدى الضرر الذي يتجم عن الفعل الضار. ويقدر التمييز، وفقاً للقاعدة العامة في المادة ٢٩٩ من المشروع (لا تقرأ المادة ٣٠٠). ويمكن أن يشار في هذا المقام إلى أن التمييز يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، متى كان ذلك نتيجة مألوفة للفعل الضار. ويبنى أن يستد في هذا الشأن بجسامته الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف والواقع أن جسامته الخطأ لا يمكن الإغضاء عنها في منطلق المذهب الشخصي أو الثاني. ولذلك تجرى التفتينات الحديثة على إقرار هذا البسأ وتطبيقه في أحوال شتى. فمن ذلك مثلاً تفريق التفتين التونسي والمراكشي بين خطأ المدين وتدليس فيه يملق بتقدير التمييز. وقد استظهرت المادتان ١٠٧/٩٨ من هذين التفتين حكم هذه التفرقة، فنصتا على أنه « يبين على المحكمة أن ظاهراً في تقرير التمييز تباً لما إذا كان أساس المسؤولية خطأ المدين أو تدليس. ويفرق التفتين البولوني كذلك بين التدليس والخطأ الجسيم من ناحية وبين الخطأ اليسير من ناحية أخرى، فيقرر في المادة ١٦٠ أنه « يستد في تقدير الضرر المادي بقيمة الشيء وتقاسم الجارى، فضلاً عما له من قيمة خاصة لدى للمضرور عند توافر سوء النية أو الإهمال الفاحش ». ويخصى تفتين الالتزامات السويسري بإقتضى التمييز عدالة إذا كان الخطأ يسيراً وكانت موارد المدين عمودية، فبنص في الفقرة الثانية من المادة ٤٤: « على أنه » إذا لم يكن الضرر ناشئاً من جراء فعل عمد أو إهمال جسيم أو رعونته بالنه، فللقاضي أن يقتضى التمييز عدالة متى كان استيفاءه عرض المدين لضيق الحال ». وقد لا يتيسر للقاضي أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التمييز تحديداً كافياً، كما هو الشأن مثلاً في جرح لاسنتين عقابه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن، فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر توفراً موقتاً بالثبوت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم، على أن يبيد النظر في قضائه خلال فترة معقولة يتولى تحديدها. فإذا انقضى الأجل المحدد، أعاد النظر فيها:»

والمادتين ٢٢١ و ٢٢٢ المشار إليهما في النص قد سبق إيرادهما . ونريد ذكرهما هنا زيادة في الإيضاح .

نص المادة ٢٢١ على ما يأتي : « ١ — إذا لم يكن التمييز مقدراً في المقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التمييز ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد مقبول . ٢ — ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره المقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتمييز الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » .

وتنص المادة ٢٢٢ على ما يأتي : « ١ — يشمل التمييز الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء . ٢ — ومع ذلك لا يجوز الحكم بتمييز إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » .

٦٤٧ — مقياس التمييز للضرر المباشر : ويتبين من هذه النصوص أن التمييز مقياسه الضرر المباشر . فالتمييز في أية صورة كانت — تعويضاً عينياً أو بمقابل ، وتمويضاً قديماً أو غير نقدي ، وتعويضاً مقسطاً أو إيراداً مرتباً أو رأس مال — يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ ، سواء كان هذا الضرر مادياً أو أدبياً ، وسواء كان متوقفاً أو غير متوقع ، وسواء كان حالاً أو مستقبلاً مادام محققاً . وقد تقدم

== حكم به ، وقضى للضرورة بتمييز إصناف إذا اقتضى الحالة ذلك . وعلى هذا سار القضاء المصري « .
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٢ — ص ٣٩٣) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧١ (مطابق) — اللي م ١٧٣ (مطابق) — الرافى م ٢٠٧ — ٢٠٨ (موافق) — اللبناني م ١٣٤/١ و (موافق) .

ذكر هذا كله عند الكلام في ركن الضرر^(١).

والضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت للضرر
(*domnum emergens*) والكسب الذي فاته (*Lucrum cessans*). فهذان العنصران
هما اللذان يقومهما القاضى بالمال. فلو أن شخصاً أئلف سيارة مملوكة لآخر، وكان صاحب
السيارة أشتراها بألف وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بمائتين وألف، فالألف
هى الخسارة التي لحقت صاحب السيارة، والمائتان هو الكسب الذي فاته، وكلاهما
ضرر مباشر يجب أن يكون الضرر متوقعاً أو غير متوقع. ففي المسؤولية التقصيرية
يشمل التعويض كل ضرر مباشر، متوقعاً كان هذا الضرر أو غير متوقع، أما في المسؤولية
المقيدة فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع في غير حالتي النفس والخطأ الجسمي. وقد
تقدم بيان ذلك.

٦٤٨ - الظروف الملهية التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض: وتقول
المادة ١٧٠ أن القاضى يراعى في تقدير التعويض « الظروف الملهية ». ويقصد بالظروف
الملهية هنا الظروف التي تلابس المضرور لا الظروف التي تلابس المسئول. فالظروف
الشخصية التي تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض، كل هذا يدخل في حساب
القاضى عند تقديره للتعويض. أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول وجسامة الخطأ
الذى صدر منه، فلا يدخل في الحساب، على خلاف في رأى بالنسبة إلى جسامة الخطأ.
فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار، لأن التعويض يقاس
بمقدار الضرر الذى أصاب المضرور بالذات، فيقدر على أساس ذاتى (*in concreto*)
لا على أساس موضوعى (*in abstracto*). ويكون محلاً للاعتبار حالة المضرور الجسمية

(١) [أنظر في ذلك: دى باج ج ٢ بند ٩٥٧ مكرر وبند ٩٦٢ ص ٩٠٩ والمراجع المشار إليها
في هامش (٣) من تلك الصحيفة - مارتو ورينو ج ٢ بند ٣٧٦ ثم بند ٣٨٤ و٤٨٥ عن الضرر الممتد
إلى الغير، والضرر الجاعى].

والصحية . فن كان « عصبياً » ، فإن الازعاج الذى يتولاه من حادث يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصاً سليم الأعصاب . ومن كان مريضاً « بالسكر » ويصاب بجرح ، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذى يصيب السليم ^(١) . كذلك يكون محلاً للاعتبار حالة الضرور العائلية ، فن يعول زوجة وأطفالاً يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذى لا يعول إلا نفسه . ويدخل أيضاً فى الاعتبار حالة الضرور المالية : وليس ذلك معناه أن الضرور إذا كان غنياً كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير ، فالضرر واحد ، أصاب غنياً أو فقيراً ، وإنما الذى يدخل فى الاعتبار هو اختلاف الكسب الذى يفوت الضرور من جراء الإصابة التى لحقت به ، فن كان كسبه أكبر كان الضرر الذى يحمق به أشد ^(٢) .

وقد يفيد الضرور من التعويض الذى تقاضاه من المسئول . مثل ذلك أن يتلف شخص متاعاً قديماً مملوكاً لآخر فيعوضه عنه متاعاً جديداً . فعلى الضرور أن يدفع إلى المسئول بالمتاع القديم التالف (laissé pour compte) حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد ^(٣) . ويبقى بعد ذلك أنه أفاد بالفرق بين قيمة الجديد وقيمة القديم . ومن رأينا أن الضرور يرد هذا الفرق للمسئول طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب ،

(١) والشخص الذى فقد إحدى عينيه ، ثم فقد العين الأخرى فى حادث ، يكون الضرر الذى يصيبه بفقد العين الأخرى وصيرورته مكفوف البصر أشد بكثير من الضرر الذى يصيب من كان سليم العينين فيفقد عيناً واحدة . ومن كانت عنده استعداد لمرض المل أو لغيره من الأمراض ، وأصيب فى حادث ، قد تكون هذه الإصابة سبباً لإصابته بالمرض الذى هو مستعد له ، فلا يقال إن هذا الضرر لا يسأل عنه المدعى عليه لأن شخصاً سليماً فى مكان الضرور كان لا يصاب بهذا المرض إذ العبرة بشخص الضرور لا بشخص مجرد (أنظر فى هذا المبنى استئناف مخطوط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧) .

ويقرب من ذلك أن يكون الضرر أصاب القىء لا الشخص ، فتكون البلدية مسئولة عما أحدثته أعمال الحفر فى مبنى قائم حتى لو كان هذا المبنى قديماً وغير متين ، ولو كان جديداً أو متيناً لما تصدع (استئناف مخطوط فى ١٧ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩) .

(٢) ويدخل فى الاعتبار حالة الضرور للهيئة . فالحريق الذى يصيب بناء اتخذته تاجر عمارس مهنته فيه يحدث ضرراً أشد مما يصيب شخصاً اتخذ هذا البناء سكناً له . ويختلف الضرر باختلاف المهنة ، فترسم المهندس غير عيادة الطبيب وغير مكتب المحامى .

(٣) استئناف مخطوط فى ٣٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٠ .

على الأقل إذا كان في استطاعة المسئول أن يعوض المتاع القديم بمتاع قديم مثله فلم يفعل وأعطى المضرور المتاع الجديد^(١). أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول فلا تدخل في الحساب عند تقدير التعويض. فإذا كان المسئول غنياً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر، أو كان فقيراً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أقل^(٢). وسواء كان المسئول لا يعمل إلا نفسه أو يعمل أسرة كبيرة، فهو يدفع التعويض بقدر ما حدث من الضرر، دون مراعاة لظروفه الشخصية، إذ العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور لا بالمسئول^(٣). كذلك لا يزيد في مقدار التعويض أن يكون المسئول قد آمن على مسئوليته بدعوى أن شركة التأمين هي التي ستدفع التعويض ولا يدخل في الحساب ما قد يفيد المسئول من كسب بسبب الضرر الذي أحدثه، فالص الذي يستين بالمسروق في مواجهة أزمة مالية حلت به فينتفع استفاداً كبيراً لا يكون مسئولاً إلا بمقدار ما سرق لا بمقدار ما أفاد^(٤).

(١) قانون : استئناف مخطوط في ٢٣ يولية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٥٦٦ — مازو ٣ فقرة ٢٤٠٣ — فقرة ٢٤٠٤ .

[وقانون أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٤٨٨ من ٤٥٩ وعبد المنعم فرج الصده نهاية فقرة ٤٨٣ من ٥٢٥ حيث يقرران بأن للمضرور لا يلزم بالفرق بين الشيء القديم والشيء الجديد] .

(٢) ويستثنى من ذلك الضرر إذا وقع من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، فيجوز إلزام غير المميز بتعويض عادل (م ١٦٤ فقرة ٢) ، وقد رأينا أن الحالة المالية لكل من المسئول والمضرور ومقدار يسار كل منهما يكون عل اعتباراً في تقدير التعويض .

(٣) ومع ذلك أنظر : استئناف مخطوط في ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ٢٩٧ — وفي ١٦ ديسمبر ١٩٠٨ م ٢٥ من ٦٨ .

[وانظر أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٤٨٨ من ٤٥٩ وقانون سليمان عرقس نهاية فقرة ٤٤٧ من ٥٩١ حيث يرى عند تقدير التعويض أن ينام وزن لظروف اللابسة لكل من المضرور والمسئول] .

(٤) ولا يقال إنه يكون مسئولاً عما أظاد بدعوى الإثراء بلا سبب ، فحكم هذه الدعوى أن يدفع أقل القيمتين ، وقد دفع الممس أقل القيمتين يدفعه قيمة المسروق .

وعلى العكس من ذلك يدخل في الحساب ما أفاد به المضرور من جراء الضرر الذي وقع عليه . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا خطأ في أن تراعى المحكمة في تقدير التعويض المستحق للموظف المقتول بغيره =

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامه الخطأ التي صدر من المسؤول عند تقدير التمويض . وإذا تحققت المسؤولية ، قدر التمويض بقدر جسامه الضرر لا بقدر جسامه الخطأ . ومهما كان الخطأ يسيراً فإن التمويض يجب أن يكون عن الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير . ومهما كان الخطأ جسيماً فإن التمويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر . وهذا هو مقتضى فصل التمويض المدني عن العقوبة الجنائية ، فالتمويض المدني شيء موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر ، والعقوبة الجنائية شيء ذاتي تراعى فيه جسامه الخطأ هذا هو الأصل ، ولكن القضاء يدخل عادة في اعتباره جسامه الخطأ في تقدير التمويض وهذا شعور طبيعي يستولى على القاضي ، فثاب مقدار التمويض موكولاً إلى تقريره فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيماً وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيراً . وعلى هذا يسير القضاء في مصر وفي فرنسا ، وقد سبق لنا بيان ذلك ^(١) .

== حق ما قد يفيد من التحرر من أعباء الوظيفة (تقضى مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨) وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثابت في الحكم المطعون فيه أن الضرر الذي يشكو منه طالب التمويض ويعدى لحقوقه به من جراء تنفيذ مشروع لمرى كان مؤقتاً ثم زال سببه ، وأن المدعى سيفيد من المشروع المذكور في المستقبل فائدة عظيمة فعوض عليه الضرر حكماً في زمن وجيز ، ثم تبق له على مر الزمن ، وبناء على ما استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هناك محل للتمويض ، فلما لا تكون قد أخطأت (تقضى مدني ٤ مايو سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٣٠ من ٣٥٦) .

(١) وقد كان القضاء يصرح بذلك في أول الأمر (استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٨ - وفي ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨) ، ثم سكنت عن التصريح ، بل هو الآن يصرح في بعض الأحيان بأن جسامه الخطأ لا دخل لها في تقدير التمويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فالقاضي لا يستطيع أن يتجاشى إدخال جسامه الخطأ عاملاً في تقدير التمويض . ويظهر ذلك بنوع خاص في تقدير التمويض عن الضرر الأدبي حيث ينفسج مجال التقدير . ويظهر ذلك أيضاً عند تقسيم التمويض على المسؤولين المتصددين ، كما لو اشترك عدة أشخاص في ارتكاب الخطأ ، وكما لو كان الضرر أو الغير قد ارتكب خطأ يخفف من مسؤولية المدعى عليه ، ففي هذه الأحوال يقسم القضاء التمويض عليهم جميعاً ويراعى في التقسيم جسامه الخطأ التي صدر من كل منهم وقد تقدم بيان ذلك .

وقد يقال إن التفتين المدني الجديد لم يجعل جسامه الخطأ عاملاً في تقدير التمويض ، فقد كان المشروع التمهيدي (٢٣٧ م) ينص صراحة على تقدير التمويض بحسب جسامه الخطأ ، ولكن هذا النص قد حذف في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ . مما يخرج جسامه الخطأ عن أن تكون عدلاً في تقدير التمويض . على أن ما قلناه من مناقشات لجنة القانون المدني بشأن المادة ١٧٠ (أنظر آتقاً فقرة ٦٤٦ في المباحث) صريح في أن اللجنة عندما حذفت عبارة « جسامه الخطأ » واستبدلت بها عبارة « الظروف الملازمة » ==

٦٤٩ - الضرر المتغير والوقت الذي يمر فيه ^(١) : ففرض أن الضرر متغير منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم . مثل ذلك شخص صدمته سيارة بخطأ سائقها ، فأصيب بكسر في يده ، وعندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان ، وعند صدور الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة . لاشك في أن القاضي يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم ، فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلب إلى عاهة مستديمة ^(٢) .

كذلك لو خف الضرر من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم ، وأصبح الكسر أقل خطورة مما كان في أول أمره ، حسب القاضي التعويض مراعيًا ما كان عليه الكسر من خطر ثم ما طرأ عليه من تحسن ^(٣) .

== إنما راعت أن جسامه الخطأ تدخل عموم هذه الظروف ، فلم ترد أن تتبد جسامه الخطأ من أن تكون عاملاً في تقدير التعويض (أظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٣ - س ٣٩٤) .

(١) يجب التمييز بين الضرر المتغير والضرر الذي لا يتيسر تعيين مدها تعييناً نهائياً وقت النطق بالحكم . في الحالة الثانية يجوز للقاضي أن يحتفظ للضرر بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير ، وفقاً لنص المادة ١٧٠ ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في ركن الضرر . أما في الحالة الأولى فإن الضرر يكون متغيراً منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم . ولا شيء يمنع من أن يجتمعا المالتان : يكون الضرر متغيراً منذ وقوعه ، ويبقى يوم النطق بالحكم لا يتيسر تعيين مدها تعييناً نهائياً . وعندئذ تطبق أحكام كل من المالتين ، ويختار القاضي الوقت الذي يقدر فيه الضرر وفقاً لما سبق ، ثم يحتفظ في حكمه بحق المضرور في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير وفقاً لما سبق أن بيناه .

(٢) وقد يشتد الضرر لسبب لا يرجع إلى خطأ المسئول ، كما إذا فقد المضرور إحدى عينيه في حادث ، ثم فقد الأخرى في حادث آخر . فالمسئول عن الحادث الأول يرى الضرر الذي أحدثه قد اشتد بوقوع الحادث الثاني ، فقد كان هذا الضرر في أول أمره هو فقد المضرور عيناً واحدة مع بقاء الأخرى سليمة ، ثم تطور الضرر في الشدة فأصبح هو فقد هذه العين ذاتها مع زوال الأخرى . فهل يكون في هذه الحالة مسئولاً عن اشتداد الضرر ؟ الظاهر أنه غير مسئول ، لأن اشتداد الضرر لا يرجع إلى خطئه هو ، بل يرجع إلى خطأ المسئول عن الحادث الثاني وهذا المسئول هو الذي يجوز عن زيادة الضرر الناشئ عن إرفقه المضرور بعينه الثانية بعد أن فقد العين الأولى . وقد سبق بيان ذلك .

(٣) وإذا خف الضرر قبل صدور الحكم فإن المسئول يستفيد من ذلك ، حتى لو كان التحسن لا يرجع إلى تطور الإصابة في ذاته بل إلى سبب أجنبي ، كما إذا كان المضرور في حادث أصيب في حادثه آخر فأتت ، فإن المسئول عن الحادث الأول يستفيد من موت المضرور لأنه غير مسئول عنه ، وقد وضم الموت حداً للضرر الذي ترتب على الحادث الأول ، فاستفاد هو من ذلك .

فالعبرة إذن في تقدير التمويض يوم صدور الحكم^(١) ، اشتد الضرر أو خف . أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم ، والذي تتغير سعر النقد الذي يقدر به التمويض أو أسعار السوق بوجه عام ، فالعبرة بالسعر يوم صدور الحكم ارتفع هذا السعر منذ وقوع الضرر أو انخفض^(٢) . على أنه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بمال من عبده ، فإنه يرجع بما دفعه فعلا ، مهما تغير السعر يوم صدور الحكم .

٦٥٠ — **التفئة المؤقتة** : وقد يرى القاضى أثناء نظر دعوى المسئولية أن المضرور في حاجة قصوى إلى نفقة مؤقتة (provision) يدفعها له المسئول من حساب التمويض الذي سيقتضى له به في النهاية . فيجوز للقاضى عندئذ أن يحكم بهذه النفقة مع مراعاة الشروط الآتية :

١ — أن يكون مبدأ المسئولية قد تقرر ، ولم يبق إلا تقدير التمويض .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن للضرور من أى عمل غير مشروع أن يطلب تمويض الضرر ، سواء في ذلك ما كان قائماً وقت النصب أو ما نتج من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم . وقد جرى القضاء بأنه كلما كان الضرر متغيراً تمعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار إليه عند الحكم (نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٦ ص ٧٨٣)] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأنه كلما كان الضرر متغيراً تمعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار إليه عند الحكم ، مراعيًا التغير في الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسئول أو نقض كائناً ما كان سببه ، ومراعيًا كذلك التغير في قيمة الضرر بارتضاع عن التقدير أو انخفاضه وزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها . ذلك أن الزيادة في ذات الضرر التي يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص أيًا كان سببه غير منقطعي الصلة به . أما التغير في قيمة الضرر فليس متغيراً في الضرر ذاته . وإذا كان المسئول ملزماً بجبر الضرر ثم كان لا وجه للقول بأن تتغير القيمة لا يمت إلى الخطأ بصفة ، كما لا وجه للقول بأن الضرور ملزم بالمصل على إصلاح الضرر فإذا هو تهاون فليس تبعة تهاونه ، فإن التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على للضرور أن ينتظر حتى يبرق المسئول التزامه (نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨ : منزل ظهر بمبانيه خلل راجع إلى تسرب المياه من أنابيب تالفة لمصاحبة التنظيم ، ونقاضى صاحب المنزل تمويضاً كاملاً عن إصلاح الخلل بحسب تكاليفه وقت الحكم ، وكانت قد ارتفعت ، وتمويضاً كاملاً عن خلل المنزل ، ولم ينظر إلى أن المالك كان عليه أن يبادر إلى إصلاح الخلل بنفسه دون أن ينتظر) — ويؤخذ على الحكم أنه لم يدخل في الحساب تهاون الضرور في إصلاح الخلل ، وهذا ضرر غير مباشر (أنظر تطبيق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩) .

٢ — أن تكون عناصر تقدير التعويض لازال ، لإعدادها ، في حاجة إلى مدة طويلة .

٣ — أن يكون المضرور في حاجة ملحة إلى هذه النفقة .

٤ — أن يكون المبلغ الذي يقدره القاضي للنفقة أقل من مبلغ التعويض الذي ينتظر أن يقدر به الضرر^(١) .

الطلب الثاني

التعويض في صورته المملة الموصوفة

٦٥١ — حاولت ثلاث : ما قدمناه في التعويض هو حكمة في صورته العادية المألوفة . ولكن هذا الحكم قد يمدل منه الوصف يلحقه . فيكون للتعويض صورة أخرى ممثلة موصوفة . ويقع هذا في حالات ثلاث : (الحالة الأولى) أن يتفق الطرفان قبل تحقق المسؤولية على تعديل الأحكام التي قدماتها . (والحالة الثانية) أن يؤمن المسئول على مسؤوليته المحتملة قبل تحققها . (والحالة الثالثة) أن يفتح أمام المضرور طريقان للتعويض عن الضرر الذي أصابه .

وتتميز الحالتان الأولى والثانية عن الحالة الثالثة بأن الوصف لحق التعويض في الحالتين الأوليين يتصل بالمسئول ، أما الوصف الذي لحق التعويض في الحالة الثالثة فيتصل بالمضرور .

وتتكمّل في هذه الحالات الثلاث : (١) الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية (٢) التأمين على المسؤولية (٣) اجتماع طريقين للتعويض .

(١) أنظر في الموضوع ملزو ٣ فترة ٢٤٢٦ — فترة ٢٤٢٨ .

١٥ - الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية

٦٥٢ - نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية: إذا تحققت المسؤولية التصيرية فإن الاتفاق على تعديل أحكامها إعفاء أو تخفيفاً أو تشديداً جائز إطلاقاً . ويكون في الغالب بمثابة صلح ، والصلح جائز فيما هو ليس من النظام العام . فإذا صدر خطأ من شخص سبب ضرراً لآخر ، فلمضروب أن يعفى المسئول من التعميـض ، ويكون بذلك قد نزل عن حقه . ويصح أيضاً أن يتفق المضروب مع المسئول أن يتقاضى منه تعويضاً أقل مما يستحق ، فيعفيه من التعويض عن بعض الضرر ، ويكون هذا إما نزولاً من المضروب عن بعض حقه ، أو هو صلح بينه وبين المسئول إذا كان هذا يتنازع في مبدأ المسؤولية أو في مقدار التعويض . ويصح أخيراً أن يعطى المسئول المضروب تعويضاً أكثر مما يستحق ، ويكون متبرعاً بما زاد .

وليس فيما قدمناه محل للنزاع . وإنما النزاع في الاتفاق بين الطرفين مقدماً وقبل تحقق المسؤولية . وهذا هو نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية . قد يقال كيف يقع ذلك ولا يعرف أحد مقدماً من هو الشخص الذى سيضره بعمله غير المشروع ، فإن هذا إذا تيسر في المسؤولية المقدية ، إذ العقد يجمع منذ البداية بين المسئول المضروب ، فهو ليس بميسور في المسؤولية التصيرية ، إذ أن الطرفين لا يعرف أحدهما الآخر إلا عند وقوع الضرر ، فلا يتصور الاتفاق بينهم إلا بعد تحقق للمسئولية ؟ وإذا كان هذا صحيحاً في الكثرة الغالبة من الأحوال ، فإنه يتصور في بعض أحوال المسؤولية التصيرية أن يعرف شخص من يحمّل أن يضر به من الناس بعمل غير مشروع ! فقد تقوم أوضاع تجمع بين أشخاص يحمّل أن يكون فيهم في المستقبل مسئول ومضروب . مثل ذلك الجيران ، كل جار بالنسبة إلى جاره يحمّل أن يكون مسئولاً ومضروباً ، فيتصور اتفاق الجيران على تعديل أحكام المسؤولية التصيرية عند تحققها . مثل ذلك أيضاً صاحب للصنع والملاك الجاورون ، ومصلحة السكك الحديدية وملاك الأراضي التى تمر السكك الحديدية

بحوارها ، وملاك الحيوانات التي تجتمع في مكان واحد لاحتال أن تؤذى الحيوانات بعضها بعضاً ، وأصحاب السيارات إذا دخلت في سياق لاحتال أن تتحقق المسؤولية التقصيرية فيها بينها ، ومدير الشركة والشركاء فيما عسى أن يرتكب المدير من خطأ تقصيري ، والنقل المجاني فيما بين الناقل والمقتول . يتصور إذن أن هؤلاء يتفقون فيما بينهم على التعديل من أحكام المسؤولية التقصيرية .

ويجب التمييز بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية . فالاتفاق على ضمان المسؤولية مثله أن يؤمن المسئول على مسؤوليته في شركة تأمين . ويشبه ذلك أن يتفق صاحب البناء مع مقاول تمهد بهدم البناء أن يكون ضامناً لما عسى أن يتحقق من مسؤولية صاحب البناء بسبب الهدم ، وأن تتفق الحكومة مع ناد رياضي أن يضمن لها ماعسى أن يتحقق من مسؤوليتها بسبب الألعاب الرياضية التي يقوم بها النادي . والفرق بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية أن الاتفاق الأول يقوم مباشرة بين المسئول والمضروب ، وقد يرفع المسؤولية أصلاً عن المسئول قبل المضروب . أما الاتفاق الثاني فيقوم بين المسئول الأصلي ومسئول آخر بضمينه ، لا يرفع المسؤولية عن المسئول الأصلي ، بل ليؤكدها بضم مسئول إليه يتحمل في النهاية المسؤولية إذا تمحقت دون أن ينتقص ذلك من حق للمضروب الرجوع على المسئول الأصلي .

والاتفاق على التعديل من أحكام المسؤولية إما أن يكون اتفاقاً للإعفاء من المسؤولية أو للتخفيف منها ، وإما أن يكون اتفاقاً للتشديد من المسؤولية . ونستعرض كلا من الحالتين .

٦٥٣ - الاتفاق على إعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها :

هذا الاتفاق قد يرمى إلى الإعفاء من المسؤولية بتاتاً . وقد يرمى إلى التخفيف منها ، إما بإقتصاص مدى التمييز فلا يمسح إلا عن بعض الضرر دون بعض ، وإما بتحديد مبلغ معين كشرط جزائي يكون هو مبلغ التمييز مهما بلغ الضرر ، وإما بتقصير المدة التي ترفع فيه دعوى المسؤولية .

وقد كفل التقنين المدني الجديد بيان حكم هذه الاتفاقات ، فنصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على ما يأتي : « يقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية للترتبة على العمل غير للشروع »^(١).

والقضاء في مصر وفي فرنسا جرى على هذا المبدأ ، لا بالنسبة إلى الإعفاء من المسؤولية فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى التخفيف منها في صورته المختلفة^(٢) . وتعليل ذلك أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام ، والقانون هو الذي يتكفل بتقريرها . فهي ليست كأحكام للمسؤولية العقدية التي هي من صنع المتعاقدين ، فيستطيعان أن يحورا فيها وأن يعفيا منها . فلا يجوز إذن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها سواء من حيث مدى التعميـض أو من حيث الشرط الجزائي أو من حيث مدة الدعوى . وقد رأينا في المسؤولية العقدية أن كل هذا جائز في غير العمد والخطأ الجسم .

أما الفقه في فرنسا فيناقش القضاء منتقداً إليه ، ويرى أن غير الجائز من هذه الاتفاقات هو الاتفاق الخاص بالمسؤولية التقصيرية إذا ترتبت على العمد أو الخطأ الجسم وكذلك إذا ترتبت على خطأ يسير ولحق الضرر الجسم دون المال . فإن الاتفاق على الإعفاء

(١) انظر تاريخ هذا النص آتفاً فقرة ٤٣٧ في الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بما يأتي : « أجمع الفقهاء على أن شرط الإعفاء للمسؤولية عن الخطأ التعاقدي باطل إذا كان الخطأ بالنسبة لجسامة النفس أو الخطأ القاعش ، أما إذا كان الخطأ يسيراً فحينئذٍ الفقه خلاف ، فمنهم من يقول بصحة الشرط ، ومنهم من يقول بطلانه . أما شرط الإعفاء عن الخطأ اللاتعاقدي فهو باطل إجماعاً وفي كل الأحوال » (استئناف مصر الوطنية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٢/٢٥ س ٤٤) . انظر أيضاً : استئناف وطني في ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٢ س ٢٤٥ — وفي ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ الهامة ٢ رقم ١/١٦١ س ٤٨٠ — استئناف مختلط في ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ س ٢٥١ — وفي ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ س ٢٧٨ — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٤ س ١٥٤ — وفي ١٧ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ س ٤٢٨ — وفي ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ س ١٥٥ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ س ٩٧ — وفي ١١ مايو سنة ١٩٢١ م ٢٣ س ٣٢٢ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ س ١٤٠ — وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ س ٣٩٦ — وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ س ٢٥٩ .

وانظر في القضاء الفرنسي ما زو ٣ فقرة ٥٧٠ .

من المسؤولية التي تترتب على تمعد الإضرار بالغير أو ما هو بمنزلة هذا التعمد (الخطأ الجسمي) ، أو على التخفيف من هذه المسؤولية ، يكون مخالفاً للنظام العام . كذلك الأمر إذا كان الضرر يلحق الجسم لا المال ، ولو تترتب على خطأ يسير ، فإن جسم الإنسان لا يجوز أن يكون محلاً للاتفاقات المالية . لكن إذا كان الضرر يلحق المال ويترتب على خطأ يسير ، فليس في القواعد العامة ما يمنع من الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية فيها ، ومن باب أولى من الاتفاق على التخفيف من المسؤولية في أية صورة من صور التخفيف^(١) .

ومهما يكن من أمر فالتقنين الجديد صريح في بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التفسيرية أو على التخفيف منها . وهو في ذلك يؤيد القضاء في مصر وفي فرنسا على النحو الذي أسلفناه .

٦٥٤ — الاتفاق على التفسير في المسؤولية التفسيرية : : وقد يكون الاتفاق من شأنه أن يشدد في المسؤولية التفسيرية . مثل ذلك أن يتفق الطرفان على أن يكون الخطأ مفترضاً في جانب المسؤولية في حالات لا يفرض فيها القانون الخطأ . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق على مسؤولية للدين حتى لو لم يرتكب خطأ .

ويبدو أنه إذا كان الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها مخالفاً للنظام العام ، فإن الاتفاق على التشديد فيها لا يخالف النظام العام ، فيكون مشروعاً . يؤيد ذلك ما قصت به الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ من التقنين المدني الجديد من أنه « يجوز

(١) انظر في الفقه الفرنسي وفي قد القضاء الفرنسي ما زو ٣ فقرة ١٥٧١ — فقرة ٢٥٧٦ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد انتهى إلى صحة الاتفاق على إعفاء الشركة من مسؤوليتها، عن جرعة التبديد التي اقترهاها تابعها فإنه يكون قد أخطأ في القانون وفقاً لحكم المادة ٣/٢١٧ من القانون المدني : قض جئاني في ١٩٥٦/٤/٧ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم السنة ٥٦ العدد ٥ و ٦ رقم ٧٨] .

الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة ^(١) . وغنى عن البيان أن المسؤولية ذاتها لا تتحقق بقيام الحادث المفاجيء والقوة القاهرة لانعدام علاقة السببية . فإذا كان من الممكن أن يتحمل الشخص بالاتفاق تبعة مسئولية لم تتحقق ، فيتحمل التبعة (risque) لا المسئولية ويكون بمثابة المؤمن ، فن باب أولى يستطيع أن يتفق على التشديد من مسئولية قد تحققت .

٣٥ - التأمين من المسئولية

٦٥٥ - متى يجوز التأمين من المسئولية : التأمين من المسئولية بفضل الإغناء من المسئولية ، لأنه في الوقت الذي يزج فيه عن عاتق المسئول عبء المسئولية لا يحرم المضرور من حقه في التعويض . وهو ميسر بفضل انتشار شركات التأمين ، ومن ثم فهو كثير الوقوع في الحياة العملية .

ويجوز للشخص أن يؤمن من مسئوليته المترتبة على الخطأ ، سواء كان هذا الخطأ

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في الفقرة الأولى من المادة ٢١٩٥ من المشروع التمهيدي . ولم يحدث فيه تعديل لا أمام لجنة المراجعة (م ٢٢٤ من المشروع النهائي) ، ولا أمام مجلس النواب ، ولا أمام لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ (م ٢١٧) ، ولا أمام مجلس الشيوخ (الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٢ - ص ٥٥٤) .

وقد جاء في للذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقنياً للقواعد التي جرى القضاء المصري على اتباعها في هذا الشأن ، فقد يجعل عبء المسئولية أشد وقرراً بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث الفجائي ، وبهذا يكون المدين مؤمناً لدائن من وجه . وقد تخفف المسئولية على قبض ذلك باشتراط الإغناء من تبعة الخطأ التقاضي إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة في الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية ، فكما أن الاتفاق على الإغناء من الخطأ الجسيم والنس لا يجوز في المسئولية التقاعدية ، كذلك يمنع اشتراط الإغناء من المسئولية التقصيرية أيأ كانت درجة الخطأ ، ويحظر مثل هذا الاشتراط باطلاً لحالته لنظام العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٣) .

وقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢١٨ / ١ (مطابق) - الليبي م ٢٢٠ / ١ (مطابق) - العراقي م ٢٥٩ / ١ (مطابق) اللبناني م ١٣٩ (مقارب) .

عقدياً أو تصريفاً ، وسواء كان الخطأ التصريحي مفترضاً أو ثابتاً ، وسواء كان الخطأ الثابت سيراً أو جسياً . ولكن لا يجوز التأمين من المسؤولية المترتبة على الخطأ العمدي ، إذ لا يجوز لأحد أن يسر لنفسه السبيل إلى الفشل . وإنما يجوز التأمين من المسؤولية عن عمل الغير ، حتى لو ارتكب هذا الغير خطأ عمداً ، ذلك أن المسئول عن الغير لم يؤمن من المسؤولية عن غشه هو بل عن غش الغير ، فالخطأ الشخصي الذي يؤمن نفسه منه هو خطأ مفترض لا خطأ عمداً^(١) .

ونرى من ذلك أن الشخص يستطيع أن يؤمن من مسؤوليته في مختلف صورها ، فيا عدا المسؤولية عن الخطأ العمدي الذي يصدر منه شخصياً .

وننظر الآن فيما يأتي : (١) علاقة المؤمن (شركة التأمين) بالمؤمن له (المسئول)
(٢) علاقة المؤمن بالضرور (٣) علاقة المؤمن بمن صدر منه الخطأ في التأمين على المسؤولية عن عمل الغير .

٦٥٦ - عهدة المؤمن بالمؤمن له : هذه العلاقة ينظمها عقد التأمين . وهو يرتب التزامات في ذمة المؤمن (شركة التأمين) . وأخرى في ذمة المؤمن له (المسئول) .

(١) الالتزامات المؤمن : أما التزامات المؤمن فتتلخص في ضمان المسؤولية التي قد ترتب في ذمة المؤمن له ، وهي المسؤولية التي كانت محلاً للتأمين . والأصل أن المؤمن

(١) ويقر ذلك من الأخلاق على الإعفاء من المسؤولية العقابية ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على ما يأتي : « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية ترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو من خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الفشل أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخضعهم في تنفيذ التزامه » .

وكذلك في التأمين من الحريق نصت المادة ٧٦٨ على أنه « ١ - يكون المؤمن مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير التعمد ، وكذلك يكون مسئولاً عن الأضرار الناجمة من حادث مفاجيء أو قوة ظاهرة . ٢ - أما الحوادث والأضرار التي يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً ، فلا يكون المؤمن مسئولاً عنها ولو اتفق على غير ذلك » . ونرى من الناقلة بين هـ هنا النص والنص المتقدم أن المسؤولية عن الخطأ الجسيم لا يجوز الإعفاء منها ، ولكن يجوز التأمين عليها .

ضامن لكل ما يتجم عن هذه المسؤولية من تكاليف . فحق طوالب المؤمن له مطالبة ودية أو قضائية بتعويض عن ضرر هو مسئول عنه وكان داخلاً في دائرة التأمين ، بدأ التزام المؤمن ينتج أثره ، سواء دخل المؤمن في الدعوى أو لم يدخل ، ووجب عليه أن يكفل للمؤمن له نتائج هذه المطالبة ولو كانت على غير أساس . فإن الذي يضمنه المؤمن ليس هو مسؤولية المؤمن له نفسه ، بل كل مطالبة توجه ضده في شأن هذه المسؤولية^(١) .

فإذا ثبتت المسؤولية قبل المؤمن له ، وجب على المؤمن أن يدفع له ما ثبت في ذمته من تعويض بسبب هذه المسؤولية^(٢) . والقاعدة أن المؤمن يلتزم بالضمان بقدر ما تحقق من مسؤولية المؤمن له دون زيادة ، حتى لو كان عقد التأمين يشتمل على شرط يحمل المؤمن ضامناً لمبلغ معين وكان هذا المبلغ أقلًا وكانت قيمة التعويض ثمانمائة ، فإن المؤمن يضمن الثمانمائة دون الألف^(٣) . وتعليل ذلك أن عقد التأمين من المسؤولية هو عقد تأمين

(١) أو كما يقول ميار (Hémar) : إن الحادث المؤمن ضده (sinistre) هو المطالبة ذاتها ، قضائية كانت أو غير قضائية : *Le sinistre est l'attaque même, judiciaire ou extrajudiciaire* (Hémar, t. 2, no. 536)

وكان المبرور التمهيدى للتحقيق المدنى الجديد يتضمن نصوصاً فى التأمين من المسؤولية ، حذف فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة إلى أن يصدر تصريح خاص بمعالجة مسائل التأمين فى مختلف صورته ، وقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة ٨٣٠ من هذا المبرور ما يأتى : « لا ينتج التزام المؤمن أثره إلا إذا قام للصاب بمطالبة المؤمن له ودياً أو قضائياً بعد الحادث المبين فى العقد » .

(٢) ويمحور للمؤمن ، قبل ثبوت المسؤولية ، أن يتدخل فى الدعوى ، كما يحوز لإخفاله إلا إذا اشترط عدم جواز ذلك (مازو ٣ فقرة ٢٦٧١) . بل يحوز للمؤمن أن ينس فى وثيقة التأمين على احتفاظه وحده بالمحق فى مباشرة الدعوى (انظر م ٨٣٠ فقرة ٣ من المبرور التمهيدى للتحقيق المدنى الجديد) .

(٣) وقد ينفق المؤمن والمؤمن له على التخفيف من هذه المسؤولية ، فلا يدفع المؤمن إلا نسبة معينة من التعويض الذى يلزم به المؤمن له عندما تتحقق مسؤوليته (٨٠ ٪ مثلا) ، وهذا ما يسمى بشرط المسارة للكشورة (clause de découvert obligatoire) ، أو يتفان على ألا يدفع المؤمن من التعويض إلا ما زاد على مبلغ معين (خسين جنبها مثلا) ، فإذا كان التعويض خسين جنبها أو أقل التزم به المؤمن له دون رجوع على المؤمن ، أما إذا زاد التعويض على خسين جنبها فإن المؤمن يدفع مقدار الزيادة ، وهذا ما يسمى بشرط المسارة المهدرة (clause de franchise d'avarie) . أو على العكس من ذلك يتفان على =

لا عقد ادخار ، فهو معقود لتعويض الخسارة على المؤمن له ، فلا يجوز أن يكون مصدر ربح له ، وهذا بخلاف عقد التأمين على الأشخاص فهو عقد ادخار لا عقد تأمين ، فيجوز أن يزيد مبلغ التأمين على مقدار الخسارة .

(٢) التزامات المؤمن له : ويلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمين في مواعيدها وبغير ذلك من الالتزامات التي ترتبها وثيقة التأمين .

ويصح الاتفاق في الوثيقة على إعفاء المؤمن من الضمان إذا كان المؤمن له دون رضا من المؤمن قد دفع إلى الضرور تعويضاً أو أقر له بالسئولية . ولكن لا يجوز التمسك بهذا الاتفاق إذا كان ما أقر به المؤمن له مقصوراً على واقعة مادية ، أو إذا ثبت أن المؤمن له ما كان يستطيع أن يرفض تعويض الضرور أو أن يقر له بحقه دون أن يرتكب ظلماً يبتاً^(١) .

٦٥٧ - عقود المؤمن بالضرور : كان للشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص في المادة ٨٣٢ منه على ما يأتى : « لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه مادام المصاب لم يعرض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التي نشأت عنها مسئولية المؤمن له » . فكان هذا النص يحمل للمصاب (للضرور) دعوى مباشرة قبل المؤمن ، إذ كان يلزم المؤمن ألا يدفع لغير الضرور مبلغ التأمين مادام الضرور لم يعرض . ومؤدى هذا النص أن الضرور الذى لم يتقاض التعويض من المسئول (للمؤمن له) يستطيع أن يتقاضاه مباشرة من المؤمن في حدود مبلغ التأمين ، دون أن يشترك معه دائنو المؤمن له ، لأنه يرجع على المؤمن بالدعوى المباشرة لا بدعوى المدين .

== ألا يدفع المؤمن ما زاد من التعويض على مبلغ معين (غسائته جنبه مثلاً) ، فإذا كان التعويض غسائته أو أقل دفعه المؤمن كله ، أما إذا زاد على الغسائته فإن المؤمن لا يدفع إلا غسائته ويحصل المؤمن له مقدار الزيادة . (انظر في وجوه التخفيف المختلفة مازو ٣ ققرة ٢٦٦١ - ٢ إلى ققرة ٢٦٧٠) .

(١) انظر في هذا المعنى المادة ٨٣١ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، وقد حذفت في لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ كما قدسنا .

ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر لقانون خاص يصدر فيما بعد . وحتى يصدر هذا القانون مبيداً لهذا النص لا يمكن القول بأن للضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن . فلا يرجع على المؤمن إلا بطريق الدعوى غير المباشرة . وذلك بأن يستعمل دعوى مدنية المؤمن له ، وفي هذه الحالة يشاركه دائن المؤمن له شركة غرماء إذ هو لا يمتاز عنهم ^(١) .

٦٥٨ — عمولة المؤمن بمن صدر منه الخطأ في التأمين على المسؤولية عن عمل الغير :
يحدث أن المؤمن له لا يكون هو من صدر منه الخطأ ، ولكنه يكون مسئولاً عن عمل الغير الذي صدر منه الخطأ ، ويتحقق ذلك في مسؤولية للكلف بالرقابة عن هم في رقابته

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف بأن الضرور في حادث أو خفاءه يستطيعون الرجوع مباشرة على المؤمن للشخص المسئول عن هذا الحادث ، ويرتب على ذلك أنه عند ما ثبت خطأ المسئول عن الحادث ثبوتاً صحيحاً ، فلا يستطيع شركة التأمين أن تدفع دعوى الضرور إلا في حدود مبلغ التعويض المتفق عليه في عقد التأمين وهي الحدود الرسومة لمسئوليتها (استئناف مخطط في ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧) . وانظر في هذا المعنى أيضاً : استئناف مخطط في ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ — وفي ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ .

والقول بأن للضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين دون نس لا يمكن تخريبه وفقاً للقواعد العامة لإلّا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيقال إن المؤمن له عندما تعاقد مع شركة التأمين اشترط لمصلحة للضرور ، فصار لهذا حق مباشر قبل شركة التأمين . ويرجع في ذلك لوثيقة التأمين لينظر هل يمكن أن يستخلص من نصونها هذا الاشتراط .

[وقد قضت محكمة النقض بأن الشارح المصري لم يورد — على خلاف بعض التفسيرات الأخرى — نصاً خاصاً يقرر للمصاب حقاً مباشراً في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذي أصابه والذي يسأل عنه قبل المستأمن فوجب الرجوع إلى القواعد العامة لتصرف ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسؤولية المستأمن قصد بها اشتراط لمصلحة الغير أم قصد بها ائصالاً خاص بين الطرفين المتعاقدين . فإذا كان الحق الذي اشترطه المستأمن إنما اشترطه لنفسه ، فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعة على الغير . أما إذا تبين من مشاركة التأمين أن المتعاقدين قصداً تحويل المصاب الحق المباشر في منافع القيد ، فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هي التي تطبق (خض مدني ٥ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٤٠ ص ١٥٧٩) .

ويلاحظ أن هناك حالات خاصة وردت فيها نصوص تطلي للضرور حقاً مباشراً قبل شركة التأمين . من ذلك التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات (م ٥ من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥) .

ومستولية المتبوع عن التابع . فإذا دفع المسئول عن عمل الغير التعويض للضرر ، ورجع به على المؤمن ، ألا يجوز لهذا أن يرجع به على الغير الذى صدر منه الخطأ كما كان يرجع المسئول نفسه ؟

سنرى فيما يلى أنه إذا اجتمع للضرر طريقتان للتعويض أحدهما هو طريق التأمين ، جاز له أن يجمع بينهما . فيرجع بالتعويض على الغير الذى ارتكب الخطأ لأن هذا الخطأ هو الذى تحققت به المسئولية ، ورجع على المؤمن بمبلغ التأمين بمقتضى عقد التأمين الذى دفع أقساطه . فهو يجمع بين الحقين لأن لكل حق مصدراً غير المصدر الذى قام عليه الحق الآخر ، فصدر الحق فى التعويض الخطأ الذى ارتكبه الغير ، ومصدر الحق فى مبلغ التأمين العقد الذى أبرمه مع المؤمن .

ولكن ينبغى فى العمل أن يشترط المؤمن فى عقد التأمين أن ينزل المؤمن له عن دعواه قبل من صدر منه الخطأ إلى المؤمن ، فيكون هذا بمثابة الحلول الاتفاقى ^(١) . فإذا لم يوجد شرط كهذا لم يبق إلا تطبيق القواعد العامة ، وتطبيقها يؤدى إلى أن المؤمن لا يحل محل المؤمن له فى الرجوع على الغير الذى صدر منه الخطأ ، لا حلولاً اتفاقياً لأن عقد التأمين لم يرد فيه شرط الحلول ، ولا حلولاً قانونياً لأن الحلول القانونى لا يكون إلا بنص والنص غير موجود ^(٢) .

(١) وقد نص التقنين المدنى الجديد على حلول قانونى فيما يتعلق بالتأمين من الحريق ، فقتضت المادة ٧٧١ بما يأتى : « ويحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بضرره فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهر المؤمن له ممن يكونون معه فى مئيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله » . ولكن هذا النص خاص بالتأمين من الحريق ، وهو كما ترى يمنع صراحة من الحلول إذا كان من أحدث الضرر شخصاً يعتبر المؤمن له مسئولاً عن أفعاله .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، لاعتساک بالقواعد العامة فى المسئولية المدنية ، ولا احتياجاً بالحلول القانونى (استئناف مختلط فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٤٥ س ٧٤ — وانظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ س ١٧٨) . ولكن يجوز أن يكون للمؤمن دعوى مباشرة إذا كان المؤمن له قد نزل للمؤمن عن دعواه (استئناف مختلط فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ س ٧٤ — وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ س ١٧٨ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ س ٢٧٢ — وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ س ٢٧٨) .

§ ٣ - اجتماع طريقين للتعويض^(١)

٦٥٩ - كيف يجتمع طريقاهما للتعويض : قد يوجد لدى الضرور طريقان يستطيع سلوكهما لتعويض ما أصابه من ضرر . مثل ذلك أن يكون قد أمن نفسه في إحدى شركات التأمين مما يصيبه من ضرر في جسمه أو في ماله عن طريق التأمين على الحياة أو التأمين من الحوادث أو التأمين من الحريق أو التأمين من الخسائر أو التأمين من المسؤولية . ومثل ذلك أيضاً أن يكون الضرر الذي يصيبه من شأنه أن يرتب له حقاً في نفقة أو إيراد في ذمة الغير .

ونستعرض كلا من الحالتين : حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين وحالة اجتماع التعويض مع النفقة أو الإيراد^(٢) .

٦٦٠ - اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين : إذا أصيب شخص بضرر في جسمه أو في ماله ، وكان مؤمناً نفسه من هذا الضرر ، فقد رأينا أن التحليل القانوني يؤدي إلى النتيجة الآتية : للضرور حقان ، حق قبل المسئول عن هذا الضرر في التعويض ومصدر هذا الحق الخطأ الذي ارتكبه المسئول ، وحق قبل شركة التأمين في مبلغ التأمين ومصدر هذا الحق المقد الذي يمت بينه وبين الشركة . فإذا كان مؤمناً على حياته أو على ماعسى أن يصيبه من جراء الحوادث ، ووقع الضرر الذي أمن نفسه منه ، فهو - أو ورثته - يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على المسئول عن الحادث ، وبجمع بذلك بين الحقين . كذلك إذا كان مؤمناً على منزله من الحريق ، أو على بضاعته من الفرق ، أو على مسؤوليته إذا تحققت ، كان له أن يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على من كان مسئولاً

== ومع ذلك قارن استئناف مخطوط في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وسنمود إلى ذلك فيما يلي -

(١) [انظر دي باج - ٢ بند ١٠٢٣ - مارتي ورينو - ٢ بند ٣٨٧] .

(٢) وقد يجتمع التعويض مع الدية في قانون تحقيق الجنايات الوطني القديم (انظر م ٥٦ من هذا القانون) ، إذ التعويض غير الدية (عكسة الاستئناف الوطنية في ١١ مارس سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٣٩ - عكسة أسبوط في ٧ أكتوبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢١ ص ٥١) .

عن إحراق المنزل أو إغراق البضاعة أو تحقيق المسؤولية ، ويجمع بذلك في هذه الحالات أيضاً بين الحقين .

ولا يجوز الاعتراض على هذا التحليل القانوني بأن المضرور يكون بذلك قد جمع بين تمويضين عن ضرر واحد ، ذلك أنه لم يتقاض إلا تمويضاً واحداً من المستول عن الضرر الذي أصابه ، أما مبلغ التأمين فليس مقابلاً للتمويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التي دفعتها لشركة^(١) .

(١) وإذا كان عقد التأمين عقداً احتمالياً بالنسبة إلى المؤمن له — فهو قد يتقاضى مبلغاً أكبر من مجموع الأقساط التي دفعها إذا وقع الحادث المؤمن منه وقد لا يتقاضى شيئاً أصلاً إذا لم يقع — فإن العقد بالنسبة إلى الشركة ليس بالعقد الاحتمالي لأن الشركة تتوض خسارتها عند بعض المؤمن لهم بمكسبها عند بعض آخر ، وهي في مجموع صفاتها غير خاسرة ، وقد أفلتت عملها على هذا الأساس . أما الحادث المؤمن منه فليس حادثاً تتوض عنه شركة التأمين ، بل هو شرط يجب على الشركة عند تحققه أن تدفع للمؤمن له مبلغ التأمين .

إذن يجب التسليم بأن المضرور يستلزم أن يجمع بين الحقين ، حقه في التويض ضد المستول وحقه في مبلغ التأمين ضد الشركة . وكل من الحقين له مصدر مستقل عن مصدر الحق الآخر ، فأحدهما مصدره العمل غير المشروع والآخر مصدره العقد .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز الجمع بين التويض المقضى به عن الفعل الضار وبين التأمين الذي استحق عملاً لقانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٦ بإنشاء صندوق التأمين والماشآت لوطني الحكومة المدنيين وغيرهم لاختلاف مصدر كل حق عن الآخر : قض جنائي في ١٩٦١/١/٣٠ مجموعة أحكام القضاء الجنائية السنة ١٢ رقم ٢٢ ص ١٣١] .

وإذا كان التشريع الفرنسي الصادر في ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ قد نص في المادة ٣٦ منه ، في التأمين على الأشياء ، على حلول شركة التأمين على المضرور في الرجوع على المستول بمقتضى مبلغ التأمين الذي دفعته الشركة ، فليس ذلك إلا مراعاة لاعتبار عمل هو ألا يكون التأمين على الأشياء مصدر ربح للمؤمن له ، فيتقاضى التويض ومبلغ التأمين معاً ، لتلافيه ذلك على خلاف الشيء الذي أمن عليه . وإذا كان هذا التشريع في المادة ٥٥ منه ، في التأمين على الأشخاص قد نص على عدم حلول شركة التأمين على المضرور في الرجوع على المستول ، فذلك لأنما هو رجوع إلى تطبيق القواعد العامة من جواز الجمع بين الحقين كما قدمنا ، بعد أن اتفقت الاعتبارات التي كان يتبع من الجمع بينهما ، إذ قل أن يصيب الشخص نفسه طمعاً في مبلغ التأمين وإذا هو ضل من السهل اقتضاح أمره .

وقد طبق التقنين المدني الجديد مبدأ عدم حلول الشركة على المؤمن له في التأمين على الحياة ، فنص في المادة ٧٦٥ على أنه « في التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذي دفع مبلغ التأمين حق في الحلول عمل =

كذلك لا يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المسئول بتعويض بحجة أن خطأه هو الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين للمضرور ، ذلك أن الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين ليس هو خطأ المسئول بل هو عقد التأمين^(١) .

== المؤمن له أو المستفيد في حقوقه قبل من تسبب في الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذا الحادث .
ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، في التأمين على الأشخاص ، يجمع بين مبلغ التعويض ومبلغ التأمين .
كذلك قرر التقنين الجديد مبدأ حلول الشركة محل المؤمن في التأمين من الحريق ، وقد رأينا أن المادة ٧٧١ تنص على أنه « يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق في المعاوى التي تتكون المؤمن له قبل من تسبب بفعله في الضرر التي نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً المؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عنه أفضاله » . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، في التأمين على الأشياء ، لا يجمع الأصل بين الحقين ، وأن الشركة تحل محله في الرجوع على المسئول إلا إذا كان التأمين يشملها ضمناً .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بهذا المعنى بأن خطأ الغير المسئول عن وقوع الحادث ليس هو السبب المباشر لالتزام المؤمن بدفع قيمة التأمين للمؤمن له المضرور من هذا الحادث ، وإنما سبب هذا الالتزام هو عقد التأمين ذاته فلولا قيام ذلك العقد لما ألزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين رغم وقوع الحادث . ويتبين على ذلك أنه ليس للمؤمن أن يدعى بأن ضرراً قد حاق به من جراء وقائه بمبلغ التأمين إذ أن هذا الوفاء من جانبه لم يكن إلا تنفيذاً لالتزامه التعاقدى تجاه المؤمن له مقابل الأقساط التي يؤديها له الأخير ، وتنفيذ الالتزام لا يصح اعتباره ضرراً لحق بالمترم ، وإذا كان الحادث الذي تسبب الغير في وقوعه هو الذي يجعل مبلغ التأمين مستحقاً فإن عقد التأمين يقوم على أساس احتمال تحقق الخطر المؤمن منه في أى وقت وقد كان هذا الاحتمال محل اعتبار المؤمن عند التعاقد ، وبالبناء على ما تقدم يكون الحكم إذ انتهى إلى حق شركة التأمين في الرجوع على المسئول عن الضرر بما دفعه للمؤمن له على أساس المسئولية التقصيرية وتوافر رابطة السببية بين الضرر ووقوع الحادث — يكون الحكم قد خالف القانون . كما أنه لا محل لتأسيس حق الشركة المؤمنة في الرجوع على الغير المسئول عن الحادث على أساس الحلول ذلك أن رجوع المؤمن على المدعى بدعوى الحلول يقتضى أن يكون المؤمن قد وقع الحادث بالدين المترتب في ذمة الدين لا بدين مترتب في ذمته هو مما لا يتحقق بالنسبة لشركة التأمين ، إذ أن وفاءها بمبلغ التأمين يستند إلى الالتزام المترتب في ذمتها للمؤمن له بموجب عقد التأمين : قضى في ١٩٦٢/١٢/٢ بمجموعة أحكام النقض المدنية سنة ١٣ رقم ١٨٥ من ١١٦٦ — انظر حكماً مماثل لمحكمة النقض في أول يناير ١٩٥٩ بمجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٤] .

وقد رأينا محكمة الاستئناف المختلطة تقضى بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، إلا إذا كان المؤمن له قد نزل له عن دعواه (انظر آخراً فقرة ٦٥٨ من المالحاش) . وقد قضت أيضاً ، في ظل القانون القديم حيث لا يوجد نص على حلول المؤمن محل المؤمن له ==

٦٦١ - اجتماع التعويض مع النفقة أو الإيراد : قد يكون الضرر الذى أوجب التعويض للمضروب سبباً فى ترتيب حق آخر له . مثل ذلك عامل فى مصنع تسبب عامل آخر فى إصابته ، فيستحق العامل المضروب قبل رب المصنع مبلغاً يقدره قانون إصابات العمل جزافاً كما رأينا ، ويستحق فى الوقت ذاته تعويضاً كاملاً قبل العامل المسئول عن الحادث ، فهل له أن يجمع بين التعويضين ؟ مثل آخر شخص أصيب بما أقدمه عن العمل ، فاستحق تعويضاً قبل المسئول عن هذه الإصابة ونفقة عند من تجب عليه النفقة له بسبب عجزه عن العمل ، فهو يجمع بين التعويض والنفقة ؟

يختلف الأمر هنا عن حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين . فقد قلنا أن مبلغ التأمين ليس مقابلاً للتعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التى سبق دفعها ، ولكن المبلغ الجزافى الذى يدفعه رب المصنع للعامل عن إصابته ، والنفقة التى يدفعها من تجب عليه النفقة ، لا مقابل لها إلا عجز المضروب عن العمل بسبب الحادث الذى أصابه ، فالصفة الغالبة عليهما هى التعويض عن هذا العجز . لذلك لا يجوز أن يجمع المضروب بين تعويضين ، فهو إذا تقاضى التعويض الجزافى أو النفقة ، لم يرجع على المسئول إلا بما بقى من الضرر دون تعويض ، ويرجع رب المصنع أو الملتزم بالنفقة على المسئول بما التزم بدفعه للمضروب لأن المسئول هو المتسبب فى ذلك^(١) . أما إذا رجع المضروب بكل التعويض على المسئول ،

== فى التأمين على الأشخاص ، بأن المؤمن له ، حتى لو تقاضى مبلغ التأمين من المؤمن ، يحتفظ مع ذلك بحقه فى الرجوع بالتعويض على من أحدث الضرر ، سواء فى ذلك التأمين على الأشياء والتأمين على الأشخاص (استئناف مخطوط فى ٢١ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٥٦) . وقضت كذلك بأن المسئول عن الحريق لا يستطيع أن يرفض من نتائج هذه المسئولية قبل المضروب بدعوى أن المضروب قد أمن على نفسه من حريق ، بل ولا بحجة أنه قد استولى على مبلغ التأمين من المؤمن (استئناف مخطوط فى أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٠) . ومع ذلك فقد قضت هذه المحكمة بأنه لا يصح ، كبداً عام ، النازعة فى حق المؤمن فى الرجوع ، باسمه أو باسم المؤمن له ، بدعوى المسئولية على المسئولين عن وقوع الحادث المؤمن منه (استئناف مخطوط فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا المسك) .

(١) محكمة مصر الجزئية المختلطة فى ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٩ ص ٢٠٠ -
 قانون استئناف مخطوط فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٦٥ .

فلا يجوز له أن يرجع بشئ على صاحب المصنع^(١) أو اللزم بالفقعة .

كذلك لا يستطيع الموظف ، إذا أصيب في حادث تكون الحكومة مسئولة عنه ، أن يجمع بين التعويض الكامل عن هذا الحادث وبين معاش استثنائي يرتبه القانون على سبيل التعويض ، بل يجب إقصاء مبلغ المعاش الاستثنائي ، سواء كان في صورة إيراد مدى الحياة أو في صورة مكافأة إجمالية ، من مبلغ التعويض الكامل المستحق للموظف^(٢) .

(١) كذلك لا يجوز الجمع بين مطالبة رب المصنع بالتعويض بمقتضى قانون إصابات العمل والتعويض طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الجمع بين أحكام قانون إصابات العمل باعتباره من القوانين الخاصة وأحكام القانون العام في المطالبة بتعويض الضرر المدعى به ، لأن القانون الأول مجال تطبيقه الأحوال التي أراد فيها المشرع أن يرعى جانب العامل نظراً لخطار العمل بعدم تحميله عبء إثبات خطأ صاحب العمل أو قصيره عند المطالبة بالتعويض . فإذا ما لجأ العامل إلى أحكام هذا القانون وانغمض سنداً له في طلب التعويض ، فإنه لا يصح له بمقتضى المادة الرابعة أن يسلك بأى قانون آخر ضد صاحب العمل ما لم يكن الحادث المطالب عنه التعويض قد نشأ عن خطأ فاحش . ولكن إذا كان المدعى بطلب التعويض على قانون إصابات العمل ، ثم طالب بتعويض بناء على قواعد المسؤولية العامة ، وطلب الحكم له بالتعويض على اعتبار أنهما طلبان أصليان ، فاستبعدت المحكمة تطبيق قانون إصابات العمل ، فإنه يكون من المتعين عليها أن تنظر في الطلب المؤسس على القانون العام (نقض مدنى في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حادث وفاة المستخدم التي يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاستثنائية لأرملته وأولاده بموجب قانون المعاشات قد يترتب عليها أيضاً التزام من يكون مسئولاً عن الحادث بالتعويض الذي يستحق بموجب القانون المدنى . ولما كان قانون المعاشات قد رتب استحقاق المكافأة الاستثنائية على وقوع الحادث ، وأجاز زيادتها تباً لظروف الحال ، فإنه يكون قد بين أن غرضه هو أن يجبر بمقدور الضرر الواقع لأرملة المستخدم وأولاده . فهذان الالتزامان ، وإن كانا مختلفين في الأساس القانونى ، هما متحدان في الغاية ، وهى جبر الضرر الواقع للضررور . وهذا الجبر ، وإن وجب أن يكون كاملاً مكافئاً لتقدير الضرر ، فإنه لا يجوز أن يكون زائداً عليه ، إذ أن كل زيادة تكون لإثراء لا سبب له . ومن ثم فإنه عند ما تكون الحكومة مسئولة أيضاً عن التعويض الذى أساسه القانون المدنى يكون من المتعين خصم مبلغ المكافأة الاستثنائية من كامل مبلغ التعويض المدنى المستحق . وهذا النظر يتفق وما قرره الشارع في حالة مماثلة ، فإن قانون إصابات العمل رقم ٦٤ سنة ١٩٣٦ الذى قرر التزام صاحب العمل — على غرار التزام الحكومة بقانون المعاشات — بأن يدفع بمقدور معلوم كذلك تعويضاً للعامل المصاب ، نص على عدم الجمع بين هذا التعويض والتعويض المستحق بموجب القانون المدنى (نقض مدنى في ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١) . وقضت أيضاً بأن استناد الحكم المطعون فيه إلى المادة ٣٣ من قانون المعاشات (رقم ٦٥ لسنة ١٩٠٩) دون المادة ٣٩ منه لا يؤثر على سلامة النظر الذى ذهب إليه باعتبار أن المكافأة التي منحتها الطاعة المطعون عليه هي مكافأة استثنائية بمقدور معلوم استحقها وفقاً =

لكن إذا قبض الموظف معاشه المادى طبقاً لقانون المعاشات ، فإنه يستطيع الجمع بينه وبين التمويض الكامل ، لأن المعاش المادى كميال التامين إنما استحق لقاء الاستقطاعات الدورية التى أخذت من مرتب الموظف (١) .

أما إذا كان المضرور قد تلقى صدقة أو إحساناً من الغير مواساة له فيما أصابه من ضرر ، فلا يجوز للمسئول أن يتقص من مبلغ التمويض الذى يلزمه مقدار هذه الصدقة ، فإن صاحب الصدقة قد تبرع بها للمضرور لا للمسئول .

== لهذا القانون كتمويض على مجرد الإصابة التى لحقت وأقدمته عن مواصلة العمل فى خدمة الحكومة ، وأن حقه فى التمويض الكامل الجابر للضرر الذى لحق به يظل مع ذلك قائماً وفقاً لأحكام القانون المدنى إذا كانت هذه الإصابة قد نشأت عن خطأ تسأل عنه الطاعة (تقضى مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام التقضى ١ رقم ٨ ص ٣) [وانظر بنها الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٣ المضافة ٣٤ رقم ٦٤٤ ص ١٣٠١] .

ومع ذلك فقد قضت محكمة التقضى بأن المعاش الخاص المقرر لرجال الجيش بقانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ عند إصابته بعمل العدو أو بسبب حوادث فى وقائع حرية أو فى مأموريات أمروا بها لا علاقة له بالتمويض الذى يستحقه صاحب المعاش قبل من سبب له الإصابة عن عمد أو تقصير منه ، وذلك لاختلاف الأساس القانونى للاستحقاق فى المعاش عنه فى التمويض (تقضى جنائى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر الجنائية ٦ رقم ٣١٧) . وهذا الحكم قد حاد عن المبدأ الصحيح الذى قررناه ، وقد انتقده محق الدكتور سليمان مرقس فى تعليقه المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى .

[ثم عادت الدائرة الجنائية بمحكمة التقضى وقضت بأن المكافأة الاستثنائية التى تمنحها الحكومة لأحد موظفيها طبقاً لقانون المعاشات رقم ٥ لسنة ١٩٢٩ كتمويض عن الإصابة التى لحقت وأقدمته عن مواصلة العمل فى خدمتها لا تحول دون المطالبة بمجموع التمويض الكامل الجابر للضرر الذى لحق به ، إذ أن هذا الحق يظل مع ذلك قائماً وفقاً لأحكام القانون المدنى إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ تسأل عنه الحكومة ، إلا أنه لا يصح للمضرور أن يجمع بين التويضين لأن هذين الالتزامين متعديان فى الناية وهى جبر الضرر جبراً متكافئاً له ولا يجوز أن يزيد عليه : تقضى جنائى فى ٢١/٣/١٩٥٥ بمجموعة أحكام التقضى السنة ٦ رقم ٢١٦ ص ٦٦٥] .

(١) تقضى مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم فى الماشية السابقة . ويقرر الحكم ، فى المآلة التى نحن بصدها ، ما يأتى : « ولكن المكافأة العادية التى تستحقها ورتبة المستخدم عند وفاته وفترة طيبة والتى لا علاقة لها بالمادة ولا بالتمويض المستحق عنها ، فهذه تبقى مستحقة للورثة بالإضافة إلى التمويض » .

الفصل الثاني

المسئولية عن عمل الغير

والمسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٦٢ - المسئولية تقوم لا على خطأ واجب الإثبات بل على خطأ مفترضة :
بسطنا قواعد المسئولية بوجه عام ، فاستعرضنا أركانها وفصلنا أحكامها . وجرينا فيما
قدمناه على أن الخطأ الذى تقوم عليه المسئولية هو خطأ واجب الإثبات ، يثبت مدعى
المسئولية وهو المضرور .

وننتقل الآن إلى حالات خاصة فى المسئولية يجمعها أنها تقوم كلها لا على خطأ واجب
الإثبات ، بل على خطأ مفترض على خلاف فى رأى منفصله فيما لى . وقد توخى المشرع فيها
أن ييسر على المضرور التعويض عما أصابه من الضرر ، فأزاح عن عاتقه عبء إثبات
الخطأ .

وقد قسم التقنين المدنى الجديد هذه الحالات إلى قسمين : قسم للمسئولية عن عمل الغير
وآخر للمسئولية الناشئة عن الأشياء . ونستعرض كلا منهما .

الفرع الأول

المسئولية عن عمل الغير

٦٦٣ - مآلناه : يكون الشخص مسئولا عن عمل الغير فى حالتين : (الحالة
الأولى) هى حالة من تجب عليه رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ويكون مسئولا عن
الأعمال الصادرة من هذا الشخص .

(والحالة الثانية) هى حالة المتبوع ويكون مسئولا عن أعمال التابع .

المبحث الأول

مسئولية من يجب عليه الرقابة عن م في رقابته (*)

٦٦٤ - **النصوص القانونية:** كانت المادة ١٥١ من التقنين المدني الوطني القديم تنص على ما يأتي :

« وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من م تحت رعايته أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته لإيام » .

وكانت المادة ٢١٣ من التقنين المدني المختلط القديم تنص على ما يأتي :

« يلزم الشخص كذلك بضرر الغير الناشئ عن تقصير من م في رعايته أو عن إهمالهم أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته لإيام » .

وكانت هذه النصوص معينة من وجوه متعددة : (١) فهي من حيث الصياغة كانت قلقة مضطربة ، إذ تعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة عن م تحت رعايته بناء على خطأ مفترض ، وتعرض طورا لمسئولية متولى الرقابة بناء على خطأ ثابت في جانبه ، مع أن القصد هو المسئولية الأولى^(١) . (٢) ثم هي لم تبين في أى الأحوال وبأى الشروط يصبح الشخص متوليا الرقابة على غيره . (٣) وهي أخيراً لم توضح أساس المسئولية ، وهل هي

(*) **بعض المراجع :** بولاتون (Beaulaton) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - كومبيكير (Combescurer) رسالة من مونتيلييه سنة ١٩٣٧ - كورتو (Courteaud) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ - جروميتز (Grosmaître) رسالة من ليون سنة ١٩٣٨ - جانبيير (Jeanpierre) رسالة من نانسي سنة ١٩٣٨ - بيرون (Piron) رسالة من ديجون سنة ١٩٣٩ - ألييرتي (Alberti) رسالة من إكس سنة ١٩٤٧ - الموجز للدولف فقررة ٣٤٥ - فقررة ٣٤٨ - مصطنع مرعى في المسئولية المدنية فقررة ١٤٨ - فقررة ١٩٢ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقررة ٤٩٧ - فقررة ٥١٣ - الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار فقررة ٧٤ - فقررة ٨٧ - [الدكتور أنور سلطان فقررة ٥١٧ - ٥٢٦ - الدكتور عبد النعم فرج الصده فقررة ٤٩٥ - ٥٠٣] .

(١) الموجز للدولف فقررة ٣٤٥ .

قائمة على خطأ مفترض ، وهل هذا الافتراض يقبل إثبات العكس^(١) .

فجاء التفتين المدني الجديد بنصوص تجنب فيها هذه العيوب ، إذ نص في المادة ١٧٣ على ما يأتي :

« ١ - كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يجمده ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » .

« ٢ - ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ، مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج » .

« ٣ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية^(٢) .

(١) ومع ذلك فإن هذه النصوص ، على ما فيها من عيوب ، كانت خيراً من مثيلها في القانون المدني الفرنسي (م ١٣٨٤) التي لم تضع قاعدة عامة ، بل اقتصر على ذكر طوائف من المسؤولين على سبيل الحصر (أنظر ملزو ١ فقرة ٧١٢ - فقرة ٧١٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤١ من المشروع التهديدي على الوجه الآتي :

« ١ - كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يجمده ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى لو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

« ٢ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية » . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة ، بعد أن أصبح رقمها ١٧٢ في المشروع النهائي ، على الوجه الآتي :

ونبحث في صدد هذا النص أمرين : (١) متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة
(٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

١ — كل من تولى رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسدية ، يكون ملزماً بتمويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مجزئ .

٢ — ويشتتر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو في الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم ، وتنقل الرقابة على الزوجة القاصرة إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

٣ — ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقصاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبئ من العناية . وقد قام هذا التعديل على الاعتبارين الآتين :

(أولاً) تجنب جعل المسئولية على من يجب عليه قانوناً رقابة شخص ، فإن هذا من شأنه أن يثير فكرة الولاية على النفس وأحكامها في الشريعة الإسلامية مما قد لا يتفق عاماً مع فكرة الرقابة في القانون الحديث .

(ثانياً) حدد في التعديل إلى أى سن يكون الصبي في حاجة إلى الرقابة ومتى تنتقل الرقابة إلى المعلم في المدرسة أو في الحرفة وإلى من تنتقل الرقابة على الزوجة القاصر . وقد أشير في لجنة المراجعة إلى تدرج في التشدد في افتراض الخطأ ، فتارة ينتفى الافتراض بإثبات عدم الخطأ ، وطوراً بإثبات عدم القدرة على منع العمل غير المشروع ، وثالثة بإثبات السبب الأجنبي وهذا يبنى علاقة السببية لا يبنى افتراض الخطأ . ويبدو عند التأمل أن دفع المسئولية إنما يكون بأحد أمرين : إما يبنى الخطأ وإما يبنى علاقة السببية . ففي الحالة الأولى من هذه الحالات الثلاث التمرجة قد انتفى الخطأ ، وفي الحالتين الثانية والثالثة قد انتفت علاقة السببية (انظر : قضى مدنى في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٦٤ ص ١٩٨ وسنعود إلى هذا الحكم فيما يلي) . وقد وافق مجلس النواب على النص كما ورد في المشروع التهاى . وفي لجنة القانون المدنى يجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة انتهت إلى إضافة كلمة « الصرف » في الفقرة الثانية وإلى استبدال عبارة « كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص » بعبارة « كل من تولى رقابة شخص لأن مناط المسئولية هو وجود التزام بالرقابة والالتزام في هذه الحالة إما أن يكون مصدره الاتفاق أو نص القانون . وأصبح رقم المادة ١٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٥ — ص ٤١٢) .

وقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٤ (مطابق) — الليبى م ١٧٦ (مطابق) . المراقى م ٢١٨ (مقارب) — اللبنانى م ١٢٥ — ١٢٦ م ١٢٨ (موافق) .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة

٦٦٥ — شرطان لتحقيق المسئولية : تتحقق المسئولية إذا تولى شخص الرقابة على شخص آخر ، وصدر عن هو تحت الرقابة عمل غير مشروع ثبت في جانبه فأوجب مسئوليته . ومن ثم يكون متولى الرقابة مسئولاً عن هذا العمل غير المشروع .
فتحقق المسئولية يستلزم إذن شرطين : (١) تولى شخص الرقابة على شخص آخر .
(٢) صدور عمل غير مشروع عن هو تحت الرقابة .

١ § — تولى الرقابة

٦٦٦ — الالتزام بالرقابة : لا تتحقق المسئولية إلا إذا قام الالتزام بالرقابة . ومصدر هذا الالتزام إما أن يكون القانون أو الاتفاق كما يقول النص . مثل القانون الأب يتولى رقابة ابنه ، ومثل الاتفاق مدير مستشفى للأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه . فلا يكفي إذن أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر حتى يكون مسئولاً عنه ، بل يجب أن يكون هناك التزام قانوني أو اتفاق بتولى هذه الرقابة . وقيام هذا الالتزام هو الذى ترتب عليه مسئولية متولى الرقابة .

وعلة هذا الالتزام كما جاء في النص ، حاجة الشخص الموضوع في رقابة غيره إلى هذه الرقابة ، إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية ، وإما بسبب حالته الجسمية . فالتقاصر في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره . والمجنون والمعتوه وذو الغفلة في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم العقلية . والأعمى والمقعّد والمشلول في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم الجسمية . ومن هؤلاء من يتولى القانون إقامة رقيب عليهم ، كالتقاصر والمجنون والمعتوه وذو الغفلة بعضهم القانون في رقابة الآباء أو أولياء النفس . ومنهم من تقوم الرقابة عليه بالاتفاق مع

متولى الرقابة ، كدير المستشفى والمرضى يتفق معها على تولى رقابة المرضى^(١) .

أما الرقابة التي لا تقوم بسبب القصر أو الحالة العقلية أو الحالة الجسمية ، كرقابة السجناء على المسجونين ورقابة رئيس الحزب السياسى على أعضاء حزبه^(٢) ، فلا تترتب عليها هذه المسئولية .

٦٦٧ - المحاولات التي يقوم فيها الالتزام بالرقابة : لم يحصر القانون الحالات التي يتولى فيها شخص الرقابة على غيره ، واكتفى بأن قرر أن هذه الحالات تقوم إذا قام التزام بالرقابة قانوناً أو اتفاقاً . والرقابة في الأصل تقوم على القاصر . فإذا بلغ سن الرشد انحلت عنه ، إلا إذا وجد ما يدعو لبسط الرقابة عليه وهو بالغ . فنستعرض إذن هاتين الحالتين : حالة القصر وحالة البلوغ .

(١) القاصر : أظهر حالات الرقابة هي كما قدمنا حالة القصر . وقد عفى المشرع بها

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « يفصل نص المشروع ما ورد من النصوص في التقنين المصرى الحالى من وجوه ثلاثة . فهو يحدد أولاً فكرة الرقابة تحديداً يتيماً . ويراعى أن نصوص التقنين الحالى ، وإن كانت تفضل من هذه الناحية نصوص التقنين الفرنسى ، من حيث تشارك ما اعتور أحكام هذا التقنين من نقص في بيان من لهم حق الرقابة ، إلا أنها في صياغة هذه الفكرة قد بلغت في الإيجاز والاختصاص . وقد عمد المشروع إلى تحليل الالتزام بالرقابة ، فبين علته ومصدره . فقد يحتاج الإنسان إلى الرقابة إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية أو الجسمية . ولهذا يشرف الأب أو من يقوم مقامه على ابنه القاصر ما بقى الابن محتاجاً إلى الرقابة . ويجدر القاضى تبعاً لظروف ما إذا كانت حاجة القاصر إلى هذه الرقابة لا تزال قائمة . وكذلك يقوم مباشر العمل على رقابة صبيانه ، والمعلم على رقابة تلاميذه ، والرقيب أو المرض على رقابة من ينط به رعايته من المحتاجين أو المرضى ، ما بقى هؤلاء الأشخاص جماً في حاجة إلى تلك الرقابة بسبب حالتهم العقلية أو الجسمية . أما فيما يتعلق بمصدر الالتزام بالرقابة فهو في الأصل نص القانون ، فأحكام قانون الأحوال الشخصية هي التي تلقي عبء الرقابة على الأب أو الأم أو الوصى على حسب الأحوال . وقد يفرض الالتزام بالرقابة بمقتضى اتفاق خاص ، كما هو الشأن في الحارس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٦ - ص ٤٠٧) .

(٢) وقد قضت محكمة القاهرة الجزئية المختلطة بأن رئيس الحزب السياسى لا يعتبر مسئولاً لا عن الأعمال الجماعية لحزبه ولا عن الأعمال الفردية لأعضاء الحزب (١٥ يونيه سنة ١٩١٠ جازيت ص ١٥٩) .

فخصص لها الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ إذ يقول : « ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة مادام تحت إشراف المعلم أو المشرف وتنقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج » .

فالقاصر إلى سن الخامسة عشرة — وهي سن بلوغ الحلم في الشريعة الإسلامية — يعتبر في حاجة إلى الرقابة إطلاقاً . ويكون عادة حتى بلوغ هذه السن في كنف من يقوم بتربيته والذين يقومون بتربيته هم أولاً الأب إذا وجد ، فهو الولي الشرعي على النفس ، وهو المكلف قانوناً بالرقابة على ولده . فإذا لم يوجد الأب تولى الرقابة القائم على تربية الولد . ويكون عادة ولي النفس من جد أو عم أو غيرها . وقد تنتقل تربية الولد ، ولو بطريق الاتفاق الضمني ، من ولي النفس إلى الأم . وذلك كله إلى سن الخامسة عشرة . فإن بلغها الولد ، وتحرق فوق ذلك من قيود التربية ، ولم يعد يعيش في كنف أحد ، وأصبح يكسب عيشه بنفسه ، فلا يكون أحد مسئولاً عنه . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون . أما إذا بقي يعيش في كنف من يقوم على تربيته بعد بلوغه الخامسة عشرة — وعقب الإثبات هنا على مدعى المسؤولية — فالقائم على تربيته هو متولى الرقابة عليه ، قانوناً إن كان ولي النفس واتفاقاً إن كان غيره ، ويبقى مسئولاً عنه إلى أن يبلغ الولد سن الرشد ، أو إلى أن ينفصل في معيشه مستقلة فلا يعود يعيش في كنف أحد ويتحرر من قيود الرقابة . والاستقلال في المعيشة هنا لا يعني حتماً الاستقلال في السكن ، فقد يكون الولد مقياً مع أبيه في مسكن واحد ولكنه مستقل عنه في المعيشة وليس للأب إشراف على تربيته فلا يكون مسئولاً عنه ، وقد لا يكون الولد مقياً مع أبيه في مسكن واحد ولكن الأب يبقى مشرفاً على تربيته فيكون مسئولاً^(١) .

(١) وكان التقنين المدني القديم ، كما رأينا ، غير صريح في بيان الأحوال والشروط التي يعتبر فيها الأب متولياً للرقابة على ابنه . ومن ثم اضطرت أحكام القضاء في ذلك .
فهنالك من الأحكام ماسير التقنين المدني الفرنسي (١٣٨٤م) . فجعل الأب متولياً للرقابة على ابنه مادام الابن قاصراً لم يبلغ سن الرشد وكان مقياً مع أبيه . من ذلك ما فتحته محكمة استئناف مصر الوطنية =

من أن الأب يبق مسئولاً مدينياً عن الأضرار التي تحصل من ابنه إلى حين بلوغه سن الرشد ، ولا يشترط لتحقيق هذه المسؤولية إلا إقامة القاصر مع أبيه (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٤ س ٩٩٠ — انظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية في ٧ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧٨/٢ س ٣٥١) وقضت كذلك بأن رعاية الأب تقوم على ابنه بتحقيق أمرين أساسيين : أولهما إذا كان الابن منضام مع والده ، والثاني إذا كان قاصراً عن درجة البلوغ (استئناف مصر الوطنية في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٠ س ١٣٨٥) . وقضت محكمة أسبوط الكلية بأنه لا كان منشأ مسؤولية الآباء عن أعمال أبنائهم سلطة الآباء سالفة الذكر ، فتكون هذه المسؤولية ملازمة لهذه السلطة ، فتزول بزوالها ، وتقوم بوجودها . ولهذا قيد الشارع الفرنسي هذه المسؤولية في المادة ١٣٨٤ بقيدتين ، الأولى ، إقامة الوالد مع ابنه وتانيهما كون الابن قاصراً . فإذا كان الولد رشيداً يدير أمور نفسه ، أو كان الولد غير مقيم مع والده كان ألحق بالجيش قبل بلوغه سن الرشد ، أو كان والده غائباً عنه غيبة منقطعة ، فلا سلطة للأب في هذه الأحوال ، وبالتالي فلا مسؤولية (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢٢/٢ س ٤٢٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بالأما مسئولية على الأب عن أعمال ابنه التي بلغ سن الرشد (استئناف غنطاط في ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ س ٨٣) .

وهناك أحكام ربيعت تولى الأب الرقابة على ابنه بسن الولاية على النفس وهي خمس عشرة سنة . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن المادة ١٥١ من التفتين المدني (القديم) إذ نصت في الفقرة الثانية على مساءلة الإنسان عن تمويض الضرر الناشئ « لغير » عن إحمال من تم تحت رعايته « ... قد دلت بوضوح على أن هذه المسؤولية التي قررتها استثناء وخروجاً على الأصل إنما تقوم على ما للسؤول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالمحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الإضرار بالتبصر . وإذا كانت السن إحدى موجبات المحفظ ، فأنت المسؤولية من ناحيتها هو كون سن من باشر ارتكاب الفعل الضار يقتضي وضه تحت حفظ غيره ، ولا اعتبار هنا للسن المحددة في القانون للولاية على المال ، فإن المحفظ (garde) التي هو أساس المسؤولية بمقتضى لفه وقانوناً متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت المحفظ ، إذ قد يكون الإنسان قاصراً فيما يختص بماله ، ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه ، ولا سلطة فيما يختص بشخصه . وإذن ففي دعوى التعويض المرفوعة على مقتضى المادة المذكورة لا يكون تصرف من وقع منه الضرر إلا لمرقة هل هذه السن توجب وضه تحت حفظ من رفعت عليه الدعوى أم لا . فالحكم إذا أسس قضاءه برفض دعوى التعويض المرفوعة على والد التهم على ما تبينته المحكمة من أن التهم قد تجاوزت سنه المحددة التي تنتهي به ولاية أبيه على نفسه ، يكون قد أساب ولم يغطي . (نقض جنائي في ٤ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٧٤ رقم ١٠٠ س ٣٢٦) . وقضت في حكم آخر بأن الحكم المطلق فيه إذ اعتبر الوالد مسئولاً عن عمل ابنه بعد أن كان قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره ، وكانت سنة وقت المادئة أكثر من سبع عشرة سنة ، وإذ قال إن الابن يبق في حفظ أبيه حتى يبلغ إحدى وعشرين سنة ، يكون قد أخطأ ، لأن حق المحفظ بالنسبة للصغير مرتبط بالولاية على النفس ، وينتهي بانتهائها ، ولا شأن له بالمال ولا بسن الولاية على المال (نقض جنائي في ٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ س ٣٢٦ في الخامس ، القضية رقم ٧٥٨ سنة ٦٣ قضائية — وانظر أيضاً : نقض جنائي في ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عاصم ٢ — ٢٧ — ٢١ وانظر تعليق الدكتور سابان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ س ١٤٥ — ١٦١ . وتعليقاً له آخر في مجلة القانون والاقتصاد ١٩ =

ونرى من ذلك أن القاصر إلى سن الخامسة عشرة يجب أن يكون في رقابة أحد هو المسئول عنه، ويكون الأب، فإن لم يوجد فولي النفس، إلا إذا انتقلت الرقابة انتقالاً إلى الأم^(١) أو إلى غيرها. وبعد أن يبلغ الولد الخامسة عشرة، فإن ظل يعيش في كنف من يقوم على تربيته بقي هذا مسئولاً عنه، إلى أن يفصل الولد في معيشة مستقلة أو إلى أن يبلغ سن الرشد.

والولد وهو في كنف القائم على تربيته يكون في مرحلة التعليم. فإن ذهب إلى المدرسة انتقلت الرقابة عليه—وقت وجوده بالمدرسة فقط—إلى معلم الفصل ما دام فيه أو إلى رئيس

==المدن الأول والثاني) وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن الولد لا يكون تحت رعاية الأب متى تجاوز الخامسة عشرة من عمره أخذاً برأي صاحبه في الولاية على النفس، ويكون مسئولاً وحده عن كل أعماله المطلقة بنفسه والتي لا علاقة لها بأمواله، فيسأل عن عدم احتياطة وإهماله، كما أنه ابتداء من هذه السن أيضاً مسئول عن جرائمه كما تنص المادة ٦٦ عقوبات. وعلى ذلك كان من الخطأ القول بمسئولية الأب حتى بلوغ الابن سن الرشد القانوني، أي سن الحادية والعشرين (١١ يولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢١٩ ص ٤٢٠ — أنظر أيضاً: محكمة السيدة زينب في ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦ ص ٥٩ — محكمة دكرنس في ٢٦ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٤ ص ١٠٨).

وهناك حكم أخذ بما استقر عليه التقنين المدني الجديد، إذ قضت محكمة الطارين بأن مسؤولية الأب عن ابنه لا تفترض بعد بلوغ الابن سن الواحدة والعشرين وإنما يحتفظ القاضي بحرية التقدير فيما بين الخامسة عشرة والواحدة والعشرين (٢٥ يولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٣٧ ص ٢٩٩). ويقرب من هذا حكم محكمة الاستئناف الوطنية المنشور في صلب حكم محكمة النقض الجنائية في ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عاصم للنقض الجنائي ٢ — ٢٧ — ٢١.

وبرى الدكتور سليمان مرقس أن التقنين المدني القديم لم يكن يحدد سناً معينة تقف عندها مسؤولية الأب المفترضة عن ابنه، وقد تقوم هذه المسؤولية حتى بعد بلوغ الابن سن الرشد متى كان باقياً تحت رعاية أبيه وفي كنفه (انظر تعليقه للمشار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٨ — ١٤٩). وانظر تطبيقاً آخر له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٨ — ٣٤٤).

(١) وقد يكون للأم الرقابة على ولدها إذا كان لا يزال في سن الحضانه، فتي انتهت هذه السن بقيت الرقابة للأب وحده. وقد قضت محكمة بور سعيد الجزئية المختلطة بأن الأب دون الأم هو المسئول عن أفعال ولده عند ما يبلغ سن التمييز (سبم سنوات)، لأن الأب هو وحده الذي يتولى الرقابة على ولده منذ أن يبلغ هذه السن (١٥ يونية سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩١ ص ١٧٧).

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن أم القاصر مسئولة عنه ولو لم تكن هي الوصية عليه (٧ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١١٩ ص ٣٣٢).

المدرسة ما دام في المدرسة^(١). وإذا كانت المدرسة من مدارس الدولة ، كانت الدولة مسئولة عن المعلم أو الرئيس مسئولة المتبوع عن التابع^(٢). وإن أخذ الولد يتعلم حرفة ،

(١) وقد قضت محكمة النقض ألا خطأ إذا تقي الحكم تقصير الوالد في ملاحظة ابنه بناء على أن الحادثة التي وقعت من هذا الابن قد حصلت أثناء وجوده في المدرسة بمنأى عن والده الذي يقيم في بلد آخر وفي رعاية غيره من القائمين بشؤون المدرسة (قضى مدني في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسؤولية الولد عن أفعال ابنه المضرة بالنظر ترتفع عنه متى كان ابنه بعيداً عن رعايته ، مشمولاً برعاية المدرسة التي تتولى أمر تعليمه ، فلا اعتماد الذي يقع من ابنه أثناء وجوده بالمدرسة بسبب عدم المراقبة والملاحظة لا يجعل الوالد مشمولاً بطريق التضامن مع إدارة المدرسة لأنها هي المسئولة عن تلاميذها من وقت دخولهم المدرسة إلى وقت انصرافهم (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٧ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩) ولا يكون الأب مشمولاً ما دام ابنه بعيداً عن رعايته مشمولاً برعاية المدرسة ، حتى لو كان الاعتماد الصادر من الابن قد وقع على المعلم نفسه الذي انتقلت إليه الرقابة .

ومع ذلك قد تتحقق مسؤولية الأب عن خطأ يرتكبه الابن وهو في المدرسة ، إذا كان خطأ الابن مسبوفاً بخطأ ثابت في جانب الأب . وقد قضت محكمة السين الفرنسية بأنه ولو أن الابن القاصر يقيم بعيداً عن والده بمدرسة بقسمها الداخلي ، إلا أن مسؤولية الأب تتحقق إذا ثبت أن العمل الذي ارتكبه الابن كان مسبوفاً بخطأ ارتكبه الأب نتيجة سوء تربيته ، كما لو عود ابنه على استعمال الأسلحة النارية ، واشتد له مسدساً ، وسمح له بعمله داخل المدرسة ، وتقوم مسؤولية الأب بجانب مسؤولية مدير المدرسة التي ترتبت على عدم رقابة حل هذا السلاح واستعماله (١٥ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٦٧ ص ١٠٩) .

(٢) أنظر في مسؤولية المدرسين المفترضة ومسؤولية الدولة التي تحمل محلها في القانون الفرنسي ، ثم في قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ الذي جعل مسؤولية المدرس في فرنسا تقوم على خطأ واجب الإنبات لا على خطأ مفترض ، مع حلول الدولة محل مدرسيها في المسؤولية في بعض الحالات ، إلى ما زو ١ فقرة ٧٨٤ - ٨٥١ - ٥١ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة الأولى من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٤٨ — بشأن تنظيم المدارس الحرة — المعدل بالقانون رقم ٤٦٩ لسنة ١٩٥٣ والمطبق على واقعة الدعوى — على أن تكون المدارس الحرة خاضعة لرقابة وزارة المعارف العمومية وتختصها في الحدود الواردة بهذا القانون ، مما تتحقق به علاقة التبعية طبقاً للمادة ١٧٤ من القانون المدني ، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة الأولى من القانون رقم ٥٨٣ لسنة ١٩٥٥ التي صدر بعد ذلك — في شأن تنظيم المدارس الحرة وكذلك المادة الأولى من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٨ — في شأن تنظيم المدارس الخاصة — فتكون وزارة التربية والتعليم مسئولة عن الضرر الذي يحدث نتيجة خطأ ناجمها بإحدى هذه المدارس . ولما كان وقوع الضرر من تشبه الرقابة فترتبة على تقصير متولى الرقابة ، وللى هذا يشير الشارع في مذكرته الإيضاحية عن المادة ٢٤١ القابلة للمادة ١٧٣ من القانون المدني الجديد من أن مسؤولية المكلف بالرقابة هي مسؤولية =

انتقلت الرقابة عليه إلى من يشرف على تعليمه الحرفة مدة وجوده تحت إشرافه . ولا ضرورة لوجود عقد صريح بالتمرين على الحرفة ، فالتمرين الفعلي يستخلص منه عقد ضمني ، وهذه مسألة واقع يترك تقديرها لقاضي الموضوع . ومتى فرغ الولد في يومه من المدرسة أو من تعلم الحرفة ، عادت الرقابة عليه إلى القائم على تربيته وكان هذا هو المسئول عنه^(١) . ونرى من ذلك أن الولد ما دام في مرحلة التربية يكون دائماً تحت الرقابة ، وننتقل الرقابة عليه من شخص إلى آخر بحسب الأحوال على النحو الذي قدمناه .

وقد يكون القاصر بنتاً تزوج قبل بلوغها سن الرشد ، فتنقل الرقابة عليها من كان قائماً على تربيتها إلى زوجها ، وهو الذي يكون مسئولاً عنها ما دامت قاصراً . فإذا كان الزوج نفسه تقوم عليه الرقابة ، لقصره أو لأي سبب آخر ، فإن متولى الرقابة على الزوج يتولى الرقابة أيضاً على الزوجة ؛ ويكون مسئولاً عن كل منهما . فإذا ما بلغ الزوج سن الرشد ، ولم تبلغها الزوجة ، صار الزوج هو المتولى الرقابة على زوجته .

(٢) البالغ سن الرشد : فإذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة ، حتى لو كان لا يزال في دور التعليم ، وحتى لو بقي يعيش في كنف ذويه . ولا يكون أحد مسئولاً عنه ، لا في البيت ولا في المدرسة ولا في الحرفة . ذلك إنه ببلوغه سن الرشد أصبح في غير حاجة إلى الرقابة ، والتزام الرقابة إنما يقوم بقيام الحاجة إليه . وكذلك تتحرر الزوجة من رقابة زوجها ، أو رقابة متولى الرقابة على زوجها ، متى باغت سن الرشد ، إذ تصبح في غير حاجة إلى الرقابة كما قدمنا .

== أصلية أساسها خطأ مفترض ولا تنتفي المسؤولية إلا إذا أثبت متولى الرقابة أنه قام بما عليه من واجب الرقابة أو أن الحادث ما كان يمكن تلافيه مهما كانت شدة الرقابة ، فليس لوزارة التربية أو لناظر المدرسة — التي أصيب فيها الطالب بفقد إحدى عينيه — التمسك بأن العادة كانت نتيجة ظرف غثائي للخلاص من المسؤولية ما دام أن القيام بواجب الرقابة المقروضة عليه لم يقع عليه دليل من الحكم الذي أثبت أن الحادث وقع في فترة تغير العصم وأنه لم يكن بالفصل أحد لمراقبة الطلبة في ذلك الوقت :

تقض جنائي في ٢٨/٤/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١٠ رقم ١١١ ص ٥٠٦ .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الوالد مسئول عن ولده القاصر ، ولو كان هذا الولد تلميذاً ، ما دام قد ارتكب العمل خارج المدرسة وفي وقت لم يكن فيه تحت ملاحظة معلميه (٢٩ مايو سنة ١٩١٦ التبرعات ٣ رقم ٢٢١ ص ٦١١ — الحقوق ٣٢ ص ٢) .

ومع ذلك قد تدعو الحاجة إلى الرقابة على من بلغ سن الرشد ، رجلاً كان أو امرأة .
فلو أصيب البالغ سن الرشد بجنون أو بعتة أو كان ذا غفلة ، قامت الرقابة عليه لتجدد
الحاجة إليها نظراً لحالته العقلية . ويتولى الرقابة في هذه الحالة ولى النفس ، أو الزوج ، أو
الزوجة (إذا كان الزوج هو للوضوع تحت الرقابة) ، أو من تنتقل الرقابة إليه اتفاقاً
ككدير المستشفى أو الطبيب أو الممرض أو من يقوم بالرقابة من الأقرباء أو غير
الأقرباء ^(١) .

كذلك لو أصيب البالغ سن الرشد بمرض أعجزه ، وجعله في حاجة إلى الرقابة نظراً
لحالته الجسدية ، كأن كف بصره أو صار معقداً أو أصيب بالشلل ، تولى الرقابة عليه
اتفاقاً من يتولى الإشراف على شؤونه الشخصية ، من زوج أو زوجة أو قريب أو مدير
مستشفى أو طبيب أو ممرض أو نحو ذلك . ويكون هذا مسئولاً عنه ما بقى في رقابته .

٢٥ — صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة

٦٦٨ — العمل غير المشروع يقع ممن هو تحت الرقابة ويوقع عليه : فإذا قام
الالتزام بالرقابة وتحدد طرفاه — متولى الرقابة والخاضع للرقابة — وجب لتحقيق مسئولية
متولى الرقابة أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة : الولد أو التلميذ أو
صبي الحرفة أو المجنون أو الأعمى أو نحو ذلك .

والعمل غير المشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة ، لا أن يقع عليه . أما
إذا وقع عليه فليست هناك مسئولية مفترضة . مثل ذلك أن يصيب أجنبي تلميذاً بالأذى

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا ارتكب المجنون جرماً كان والده مؤاخذاً
مديناً عن عمله (١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤١ ص ٧٥) — وقضت محكمة الاستئناف
المتنقلة بأن الزوج يسأل عن زوجته وهي تسوق السيارة وهو إلى جانبها ، وكان يستطع أن يحد من
سرعتها (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٣٧ — هذا ويجوز أن تكون مسئولية الزوج هي
مسئولية التبوع من تاجه ، وبخاصة إذا لم تكن الزوجة ناصراً) .

في وقت يكون فيه التلميذ في رقابة رئيس المدرسة ، فلا يكون هذا الرئيس مسئولاً عن خطأ الأجنبي إلا في حدود القواعد العامة للمسئولية ، فيجب إذن إثبات خطأ في جانب الرئيس حتى يكون مسئولاً . كذلك لا يكون الرئيس مسئولاً إلا على أساس خطأ يجب إثباته في جانبه إذا كان التلميذ قد ألحق الأذى بنفسه ، لأن العمل غير المشروع في هذه الحالة إذا كان قد أحدث ضرراً فقد وقع هذا الضرر على التلميذ لا منه ^(١) .

فالواجب إذن البدء بإثبات خطأ في جانب الشخص الخاضع للرقابة طبقاً للقواعد العامة ، حتى تتحقق مسئولية هذا الشخص . وقد تتحقق مسئوليته في بعض الحالات عن طريق افتراض خطأ في جانبه ، كما لو كان يسوق سيارة فدهس أحد العابرة ، فهو مسئول عن خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ومتولى الرقابة عليه مسئول عنه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس . فإذا ما تحققت مسئولية الخاضع للرقابة على

(١) هذا ما لم يجتر رئيس المدرسة مسئولاً عن سلامة التلاميذ مسئولية عقدية ، فيكون مسئولاً عما يلحقه التلميذ من الأذى بنفسه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . ويعتبر رئيس المدرسة مسئولاً عن سلامة التلاميذ بوجه خاص في أثناء الرحلات المدرسية .

وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٣ من ١١٦٦) بأن إدارة المدرسة التي ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الاجمالية تلزم قبل أهلهم برعايتهم ، وعلى ذلك فهي ضامنة سلامتهم وردم إليهم ، وتكون مسئولة عن كل ما يصيبهم في هذه الرحلة مسئولية عقدية ترتب عليها بمجرد إصابتهم ، وعليها ما يقع عبء إثبات عذرهما ، بأن تثبت أن مندوبيها في الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرض ، وأن تقصيراً لم يقع منهم ، وأن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ويلاحظ في شأن هذا الحكم أن المحكمة عندما طالبت إدارة المدرسة بنفي المسئولية لم تكن واضحة في تعيين الأمر الذي يطلب من الإدارة لإثباته . فقد ذكرت أن الإدارة تثبت أن مندوبيها في الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضي وأن تقصيراً لم يقع منهم . وهذا لا يكفي ، فالمسئولية عقدية ولا تنفي إلا بإثبات السبب الأجنبي ، لا بمجرد نفي الخطأ ، والذي ينتج بمجرد نفي الخطأ هو المسئولية عن الضرر الذي يقع من التلميذ لا الضرر الذي يقع عليه . ولكن المحكمة ذكرت بعد ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت أن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ومعنى ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت القوة القاهرة ، والقوة القاهرة سبب أجنبي تنفيبه المسئولية العقدية . ويمكن تخريج حكم المحكمة على هذا الوجه ، لولا التضارب الذي ورد في عباراتها (انظر تطبيقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٦) .

أساس خطأ ثابت أو على أساس خطأ مفترض ، قامت إلى جانبها مسئولية متولى الرقابة .
ونرى من ذلك أن المسئولية الثانية لا تجب للمسئولية الأولى ، ولكن تقوم إلى جانبها .

٦٦٩ - مائة ما إذا كان الخاضع للمراقبة غير مميز : وقد يكون الخاضع للرقابة غير مميز — صبيًا غير مميز أو مجنونًا أو معتوهاً — فكيف يمكن إثبات وقوع عمل غير مشروع منه وهو لا يجوز في حقه الخطأ لانعدام التمييز فيه ؟ نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٣ صريح في هذه المسألة إذ يقول : « ويترب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » . والخطأ الذى وقع هنا من غير المميز وهو خطأ قام ركنه المادى أى ركن التعمدى ، دون ركنه المئوى أى ركن التمييز . ولذلك وصفه النص « بالعمل الضار » دون العمل غير المشروع أو الخطأ .

ولذلك يلفت النظر في مسئولية متولى الرقابة عن أعمال غير المميز أنها ، خلافًا للمسئولية عن أعمال المميز ، مسئولية أصلية لا تبعية . ذلك أن مسئولية متولى الرقابة عن أعمال المميز هى مسئولية تبعية ، تقوم بقيام مسئولية الشخص للوضوع تحت الرقابة . أما إذا كان هذا غير مميز ، فلا يمكن القول في هذه الحالة إن مسئوليته قد تمتحقت فتتحقق تبعًا لها مسئولية متولى الرقابة . بل الواجب أن يقال إن مسئولية متولى الرقابة هنا هى مسئولية أصلية قامت مستقلة ، وأساسها خطأ مفترض في جانب المسئول . ولا تستند هذه المسئولية إلى مسئولية غير المميز ، فإن هذا كما رأينا لا يكون مسئولًا إلا مسئولية موضوعية مخففة عند تعذر الرجوع على متولى الرقابة (م ١٦٤ فقرة ٢)^(١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وينس المشروع على أن مسئولية الشخص عما يقع من نيت به رفاقهم تظل قائمة ، ولو كان محدث الضرر غير مميز . وهو بذلك يقرر الحكم المتبع في ظل التقنين الحالى . بيد أنه رؤى من الأنسب أن ينس صراحة على هذا الحكم ، إذ قد يكون في عدم تمييز الفاعل الأصل ، وارتفاع مسئوليته تفرسًا على ذلك ، مدخل للشك عند التطبيق ، باعتبار أن المسئولية التبعية لا تقوم إلا مستندة إلى مسئولية أصلية . ولكن الواقع أن مسئولية المكلف بالرقابة في هذه الحالة ليست من قبيل المسئوليات التبعية ، بل هى مسئولية أصلية أساسها خطأ مفترض ، وهى بهذه المثابة مسئولية شخصية أو ذاتية . أما غير المميز فهو الذى تقع على عاتقه =

المطلب الثاني

الأساس الذى تقوم عليه مسئولية متولى الرقابة

٦٧٠ - مسائل أربع : متى تحققت مسئولية الرقابة على النحو الذى قدمناه ، قامت مسئوليته على أساس خطأ مفترض^(١) . والافتراض هنا قابل لإثبات العكس .

فيستطيع متولى الرقابة أن يرفع المسئولية عنه بنفى الخطأ . ويستطيع كذلك رفع المسئولية بنفى علاقة السببية ، بأن يثبت السبب الأجنبي . فإذا لم ينف علاقة السببية ولم ينف الخطأ تحققت مسئوليته ، ولكن هذه المسئولية كإرأينا لا تجب مسئولية الشخص الخاضع للرقابة وهو الذى صدر منه العمل غير المشروع .

فعلينا إذن أن نعالج مسائل أربعاً : (١) ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة

== مسئولية مادية أو موضوعية يتحقق فيها معنى النجبة عند تنفرد رجوع المصاب بالتعويض على المكلف بالرقابة ، وهو مسئول بطريق الإصالة مسئولية ذاتية أو شخصية « . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٧) .

وقد رأينا فيما لفسناه أن متولى الرقابة لا يكون مسئولاً عن عمل غير المميز إلا إذا كان هذا العمل قد استوفى الركن المادى للخطأ وهو التمدي ، دون الركن المعنوى وهو التمييز ، فالعمل المشروع الذى يصدر من عدم التمييز لا يوجب مساءلة متولى الرقابة ، لأن هذا العمل ليس بتمد . وإنما تقوم مسئولية متولى الرقابة إذا كان العمل الصادر من عدم التمييز يعتبر خطأ لو أنه كان صادراً من شخص مميز ، وعلى هذا الوجه يستوفى العمل الصادر من عدم التمييز الركن المادى للخطأ دون الركن المعنوى (انظر فى هذا المعنى تعليقاً للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٧ - ص ٣٣٨) .

(١) ومع ذلك فقد كان التقنين المدنى القديم أقل وضوحاً فى إقامة للمسئولية على خطأ مفترض . من ثم قضت بعض الأحكام فى عهد هذا القانون بأن مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ ثابت لا على خطأ مفترض . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه لا يوجد خطأ مفترض فى جانب متولى الرقابة ، بل يجب إثبات خطأ الأب إذا كان ابنه القاصر قد اختلس رخصة قيادته (٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٧ ص ٢٨١ - وانظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦ - وفى ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٤٨) . فإذا ترك الأب السيارة لابنه الصغير بالرغم من أن هذا لا يقن فن قيادة السيارات ، ارتكب الأب خطأ ثابتاً لا خطأ مفترضاً (استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٣) .

أما التقنين المدنى الجديد فهو طالع فى التصريح بأن مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ مفترض .

(٢) كيف ينفي هذا الخطأ المفترض (٣) كيف ينفي علاقة السببية (٤) أثر قيام المسئوليتين في وقت واحد : مسئولية متولى الرقابة ومسئولية الخاضع للرقابة .

٦٧١ - ما هو الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة : الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة . فالمفترض إذن هو عدم قيام متولى الرقابة بهذا الواجب بما ينبئ من العناية . فإذا ارتكب القاصر مثلاً عملاً غير مشروع ، افترضنا أن من يتولى الرقابة عليه قد قصر في رقابته ، فمكنه بهذا التصدير من ارتكاب هذا العمل . ويتسع افتراض الخطأ لمدى أبعد ، فيفترض أيضاً أن متولى الرقابة قد أساء تربية الشخص المهدود إليه رقابته ، فهياً له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع^(١) .

ونرى من ذلك أن القاصر مثلاً إذا ارتكب عملاً غير مشروع ، وكان من يتولى الرقابة عليه ويقوم على تربيته هو أبوه ، فالمفروض أن الأب إما أن يكون قد قصر في رقابة ولده ، أو أنه أساء تربيته ، أو أنه ارتكب الخطأين معاً : قصر في الرقابة وأساء التربية .

ويلاحظ أن افتراض هذا الخطأ لا يقوم إلا في العلاقة ما بين متولى الرقابة والمضروب ، فهو افتراض قرره القانون لصالح الضرور تجاه متولى الرقابة ، ولا يجوز أن يقوم ضد الشخص الخاضع للرقابة . ومن ثم لا يجوز للمضروب ولا لمتولى الرقابة أن يحتج به قبل الشخص الخاضع للرقابة ، بل يجب للرجوع على هذا إثبات خطأ في جانبه^(٢) .

ويلاحظ أيضاً أنه لا مانع من اجتماع هذه المسئولية القائمة على خطأ مفترض والمسئولية القائمة على خطأ واجب الإثبات . فيجوز للمضروب ألا يعتمد على الخطأ المفترض في جانب

(١) انظر في هذا المعنى ما زو ١ ققرة ٧٦٧ . ويتبين من ذلك أن مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ شخصي في جانبه ، فهي ليست مسئولية عن الغير كمسئولية المتبوع عن التابع ، بل هي مسئولية ذاتية ظمت على خطأ شخصي افترضنا أن متولى الرقابة قد ارتكبه فلا .

(٢) وهذا ما لم يبق في جانب الشخص الخاضع للرقابة خطأ مفترض من نوع آخر ، كما لو كان يسوف السبارة فمضى أحد العابرة ، وقد تضمنت الإشارة إلى ذلك .

متولى الرقابة ، ويتقدم هو لإثبات خطأ في جانبه ، فيمنعه بذلك من نفي الخطأ المفترض . كذلك لا مانع من اجتماع هذه المسئولية ومسئولية المتبوع عن التابع . فإذا حمل قاصر في خدمة شخص وارتكب خطأ أضر بالغير ، قام إلى جانب مسئوليته القائمة على خطأ ثابت مسئوليتان أخريان الخطأ في كل منهما مفترض : مسئولية والد القاصر وتقوم على خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس كما رأينا ، ومسئولية المحذوم الذى يعمل القاصر في خدمته وتقوم في بعض الآراء على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس كما سنرى . ويجوز للمضروب أن يرجع على كل من متولى الرقابة والمحذوم بكل التعميؤ ، ومن دفع منهما التعميؤ رجع بنصفه على الآخر . وهذا كله دون إخلال برجوع كل منهما على القاصر بما دفعه للمضروب .

٦٧٢ - كيف ينفي متولى الرقابة الخطأ المفترضه : رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ تنص على ما يأتى : « ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة » . فالخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة هو إذن خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس . ويستطيع متولى الرقابة — وهو الذى يحمل عبء الإثبات ما دام الخطأ مفترضاً في جانبه — أن ينفي هذا الخطأ عنه بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية ، وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة لمنع من نيظت به رقابته من الإضرار بالغير . فإن فعل ذلك ، انتفى الخطأ المفترض في جانبه ، وارتفعت عنه المسئولية^(١) .

على أن القيام بواجب الرقابة يشمل كما رأينا إحسان التربية ، وبخاصة إذا كان متولى الرقابة أباً أو أما .. وينبغى على ذلك أنه لا يكفى أن يثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة

(١) وما يتناق مع اتخاذ الاحتياطات المعقولة أن يغيب الأبوان ويتركا ولدهما وحيداً ، أو أن يرخصا له في أن يمارس ألباباً خطيرة ، أو أن يتركاه يقود حراجة أو سيارة من قبل أن يتقن القيادة (انظر مازو ١ فقرة ٧٧٤ — فقرة ٧٧٧) .

باحتياز الاحتياطات المعقولة ، فلا يزال افتراض أنه أساء تربية ولده قائماً في جانبه ، ولا يلزم الضرور أن يثبت أن الأب أساء التربية ، بل الأب هو الذى يثبت أنه لم يسء تربية ولده ^(١) . وجملة القول أن متولى الرقابة عليه أن يثبت أنه لم يرتكب تقصيراً في الرقابة في خصوص الخطأ الذى صدر عن هو في رقابته ، وأنه بوجه عام لم يسء تربيته ^(٢) .

٧٦٣ — كيف يفنى متولى الرقابة عموق السببية : وليس الخطأ في جانب متولى الرقابة هو وحده المفترض ، بل تفترض معه أيضاً علاقة السببية ما بين هذا الخطأ للفترض وبين العمل غير المشروع الذى صدر عن هو تحت الرقابة . ذلك أنه إذا لم تفترض علاقة السببية تبعاً لافتراض الخطأ ، لكان افتراض الخطأ عبثاً لا يجدى . فإن الضرور إذا أعفى من إثبات الخطأ في جانب متولى الرقابة ، ثم طوّل بإثبات علاقة السببية ما بين هذا الخطأ والعمل غير المشروع الذى وقع من قامت عليه الرقابة ، لا اضطر وهو في صدد إثبات

(١) وقد قضت محكمة أسبوط الكلية في هذا المعنى بأن المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى أبحاث للآباء ذمه المسئولية عن أعمال أبنائهم إذا أقاموا الدليل على أنه ما كان في استطاعتهم منع الحادث الذى سبب الضرر . ومن المتفق عليه في ذلك أنه مع هذه الإباحة فإن مسئولية الآباء تظل قائمة إذا حصل منهم خطأ سابق للعادة ولولاه لما وقعت ، كسوء التربية والتفاهى عن حقوق الأبناء وإظهار جانب الدين لهم . وأن نص المادة ١٥١ من القانون المدنى المصرى (القديم) لم تذكر شيئاً عن هذه الإباحة ، ولهذا يجب الرجوع لنص المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى التى ذكرت تفصيلاً شروط مسئولية الآباء عن أفعال أبنائهم . على أنه ما دام أن مبنى المسئولية هو واجب التربية والرقابة ، فلا محل لمسئولتهم متى تبين أنهم قلموا بأداء هذين الواجبين على الوجه الأكمل (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٢ ص ٤٢٥) .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن مقتضى نص المادة ١٧٣ مدنى يجعل الوالد مسئولاً عن رقابة ولده الذى لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها ، وكان في كف والده ويتم من ذلك مسئولية مقترصة في حق من وجبت عليه الرقابة تبقى إلى أن يبلغ الولد سن الرشد ما لم يتم به حاجة تدعو إلى استمرار الرقابة عليه ، أو إلى أن ينفصل في مشيئة مستقلة وهى بالنسبة للوالد تقوم على قرينة الإخلال بواجب الرقابة وعلى افتراض أنه أساء تربية ولده أو على الأمرين معاً ، على أن هذه المسئولية المقترضة يمكن إثبات عكسها وهى ذلك يقع على كاهل المسؤول الذى يجب لكى يتخلص من مسئوليته طبقاً للفترة الثالثة من المادة ١٧٣ من القانون المدنى أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة أو يثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما يبنى من الناية : نقض جنائى في ١٤/٥/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ٧ رقم ٢٠٢ ص ٧١٨] .

علاقة السببية أن يثبت الخطأ أيضاً ، إذ تقضى طبيعة الأشياء أن من يثبت العلاقة ما بين أمرين يثبت في الوقت ذاته الأمرين اللذين تقوم العلاقة بينهما . فنكون قد بدأنا بإعفاء الضرور من إثبات الخطأ ، ثم طالبناه بعد ذلك بإثباته . فسلبناه بالسار ما أعطيناه باليمين^(١) .

فملاقة السببية إذن مفترضة ، لا يكلف الضرور إثباتها . ومتولى الرقابة هو الذى يكلف بنفيها . والنص صريح فى هذا المعنى ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ فى عبارتها الأخيرة إن المكلف بالرقابة يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا هو « أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » . ويكفى فى ذلك أن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض فى جانبه . فوقوعه ، بالنسبة إلى متولى الرقابة لا بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة^(٢) ، كان بسبب أجنبي ، بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو وقع خطأ من الضرور أو خطأ من الغير ، وكان من شأن هذا أن قطع الصلة ما بين التصغير المفترض فى جانب متولى الرقابة وبين الضرر الذى أصاب المضرور ، بأن كان هذا الضرر يقع حتى لو اتخذ متولى الرقابة كل الاحتياطات المعقولة لمنع ؛ فلم يكن الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو السبب فى حدوث الضرر . مثل ذلك أن يقع الحادث الذى سبب الضرر وقوعاً مفاجئاً بحيث لم يكن من الممكن توقعه ولا من المستطاع تلافيه^(٣) .

(١) انظر فى هذا المعنى ما زو ١ فقرة ٧٦٩ .

(٢) أما إذا كان الضرر قد وقع بسبب أجنبي بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة ، فإن مسؤولية هذا لا تتحقق ، ولا تقوم تبعاً لذلك مسؤولية متولى الرقابة .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدرت محكمة الموضوع ظروف الحادث الذى وقع من تلميذ داخل المدرسة ، وقررت ألا مسؤولية على ناظر المدرسة فيه لأنه وقع مفاجئاً ، فلها بذلك تكون قد فصلت فى نقطة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها ... أما الزعم بأن المفاجأة لا يمكن اعتبارها فى القانون المصرى (القديم) سبباً معيافاً من المسؤولية المدنية مادام لم ينس عايلها فيه ، فذلك لا يعاب به ، إذ الأمر ليس بحاجة إلى نس خاص ، بل يكفى فيه تطبيق مبادئ القانون العامة التى منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث الذى نتج الضرر . وبغير ذلك لا يمكن الحكم بالتعويض على مرتكب الخطأ . والقول =

== بمحصول الحادث مفاجأة مناه أن الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة إذ ما كان يمكن تلافيه بحال . ومفهوم ذلك بداهة أن قس الرقابة لم يكن هو السبب الذي أنتج الحادث ، بل كان وقوعه محتملاً ولو مع الرقابة الشديدة (قضى في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ من ١٩٨٠) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسؤولية الرئي ترفع إذا حصل الحادث فجأة ، وإنما يشترط في ذلك أن يكون عدم استطاعة تلافيه غير ناجية عن إهمال (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٨ من ٢٣٩) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه يجب اعتبار مسؤولية الأب عن فعل ابنه الذي هو تحت رعايته قائمة أن يثبت مبدئياً حصول الخطأ من هذا الابن ، وأن يكون هذا الخطأ نتيجة لعدم ملاحظته ، أو بعبارة أخرى يشترط قيام الارتباط بين خطأ الأب في ملاحظة ابنه والحادث الذي وقع منه . ويقع عبء إثبات انعدام واجبة السببية بين الخطأ والحادث على عاتق الأب (استئناف مصر الوطنية في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٠ من ١٣٨٥) . وقضت محكمة الزاويق الكلية بالألا مسؤولية إلا إذا كان هناك إهمال أو تقصير في الرقابة وكانت هناك علاقة ارتباط مباشر بين الخطأ والحادث الذي يطلب عنه التوضيح . فإذا كان الحادث ليس متوقفاً ولا ممكناً تلافيه ولا التكهين بوقوعه لسرعة حصوله وعدم وجود مقدمات له ، أو كان مباغتة والرقابة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث ، فلا تكون هناك مسؤولية (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٤٢ من ٧٤٠) .

[وقد قضت محكمة النقض بأن الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ من القانون المدني تنص على «أن المكلف بالرقابة يستطيع أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية » فإذا كان بين من واقعة الدعوى أن الحادث الذي وقع كان مفاجئاً أثناء عبث المجنى عليه هو والمتهم وهما صديقان وقد بلغ التهم ثمانية عشر عاماً ، فلم يكن حدوثه راجعاً إلى قس في الرقابة من جانب الطاعن على ابنه المتهم ، ومع ذلك قضى المحكم بمسالة الطاعن مدنياً على أساس الخطأ المفترض وأن المتهم ما دام قاصراً فإن رقابة والده يجب أن تستمر بصورة تمنحه من إقناع الضرر بغيره وإلا التزم بتوضيح هذا الضرر — فإنه يكون مخطئاً في تطبيق القانون : قضى جنائى في ٧/٦ ٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ٥ رقم ٢٨٧ من ٩٠٥] .

هذا ويلاحظ أنه إذا أثبت الضرر خطأ في جانب متولى الرقابة ، استغنى بذلك عن المسؤولية القائمة على خطأ مفترض ، وعاد إلى القواعد العامة في المسؤولية ، ولا يجدى متولى الرقابة في هذه الحالة أن يتسكك بأن الحادث الذي هو عمل المسالة كان نتيجة ظرف فجائى . وقد قصدت محكمة النقض إلى تقرير هذا المبدأ عند ما قضت بأنه ليس للعلم أن يتسكك بأن الحادثة التي هي عمل المسالة كانت نتيجة ظرف فجائى ليتخلص من المسؤولية إلا إذا ثبت أنه قام بواجب المراقبة القروضة عليه . ومن الخطأ تحلى العلم عن هذه المراقبة وعلمه بها إلى تليذ عمره سبع سنوات (قضى مدنى في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ سنوات رقم ١٠٥ من ٧٣٤) . وعبارة المحكم غير دقيقة ، والمقصود أنه لا يجوز التمسك بأن الحادث كان نتيجة ظرف مفاجئ . إذا أثبت الضرر مفترضاً في جانب متولى الرقابة . وعلى هذا الأساس تقوم وقائع القضية ، فقد كلف المعلم تلميذاً عمره سبع سنوات بمراقبة التلاميذ وكتابة اسم من يحدث ضجة منهم ، فلما كتب اسم أحد التلاميذ تفيظ هذا منه ، ودفقه بسن ريشة أثقبت عينه اليمنى الإبصار ، فاعتبرت ==

ويخلص من ذلك أن متولى الرقابة ترتفع عنه المسؤولية بأحد أمرين ، إما بأن ينفى الخطأ المفترض في جانبه فينعدم ركن الخطأ ، وإما بأن يثبت السبب الأجنبي على النحو الذى قدمناه فينعدم ركن السببية . وفي الحالتين يبقى من أحدث الضرر ، وهو من قامت عليه الرقابة ، مسئولاً عن العمل غير المشروع الذى صدر منه ، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية^(١).

٦٧٤ - قيام مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسؤولية متولى الرقابة :

وغنى عن البيان أن قيام مسؤولية متولى الرقابة على النحو الذى يبتناه لا يمنع من أن تقوم إلى جانبها مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة ، وهو الشخص الذى صدر منه العمل غير المشروع . ويستطيع المضرور إذن أن يرجع على من ارتكب الخطأ بالذات إن كان عنده

المحكمة أن هناك خطأ نائباً في جانب المعلم ، إذ عهد لتلميذ في هذه السن بالرقابة ، فلا يجدى المعلم أن يتسكك بأن الحادث مفاجئ ، ما دام قد ثبت خطأ في جانبه (أنظر تعليقاً على هذا الحكم لـ دكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٩ المدين الأول والثاني) .

[وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير قيام المسئول عن الحقوق المدنية بواجب الرقابة على ابنه أو عدم قيامه به من شأن محكمة الموضوع : قض جئاني في ١٢/٥/٩٥٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ٢١١ ص ٦٢٦) .

كما قضت بأن استظهار قيام راجلة السببية بين الخطأ والوظيفة ، وهو الشرط الذى تتحقق به مسؤولية التبوع وعن فعل تابعه ، هو من المسائل التى تخضع لتقدير محكمة الموضوع ولا يصح المجادلة في شأن نوافرها أمام محكمة النقض : قض جنائى في ١٢/٥/٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٢٤٢ ص ٧٤٤] .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « فإذا أقيم الدليل على خطأ من وقع منه الفعل الضار ترتبت مسؤوليته وفقاً لأحكام القواعد العامة . أما من تلقت به الرقابة عليه فيترتب خطأه باعتباره أنه قصر في أداء واجب الرقابة . ولكن يجوز له ، رغم ذلك ، أن ينقض هذه القرينة بإحدى وسيلتين . فإما أن يقدم الدليل على انتفاء الخطأ من ناحيته ، بأن يثبت أنه قام بقضاء ما يوجب عليه التزام الرقابة وأن خطأ من أحدث الضرر يرجع إلى سبب غير معلوم لا ينبغي أن يتحمل تبعته ، وفي هذا الوضع تكون قرينة اقتراض الخطأ قرينة غير قاطعة تنقض بإثبات العكس . وإما أن يترك قرينة الخطأ قائمة ، وينفى علاقة السببية ، بأن يقدم الدليل على أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بواجب الرقابة بما ينبغي له من حرص وعناية . وفي كلتا الحالتين ترتفع عنه المسؤولية ، إما بسبب انتفاء الخطأ ، وإما بسبب انتفاء علاقة السببية . وينبى أن الفاعل الأصل ، وهو من وقع منه الفعل الضار ، تظل مسؤوليته قائمة وفقاً لأحكام القواعد العامة » . (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ٤٠٨) .

مال . فإن استوفى منه كل التعميض المستحق فلا رجوع له بعد ذلك على متولى الرقابة ، وإذا رجع على متولى الرقابة واستوفى منه كل التعميض ، فلا رجوع له بعد ذلك على من ارتكب الخطأ^(١) . والذي يجب مراعاته هو ألا يستولى المضرورة على تعويضين عن ضرر واحد ، بل يستوفى تعويضاً واحداً ، إمامن متولى الرقابة ، وإمامن ارتكب الخطأ ، وإمامنهما معاً مسئولين أمامه بالتضامن .

ويطلب أن يرجع المضرورة على متولى الرقابة لأنه هو الملىء . لكن يجوز للمضرورة أن يرجع على من ارتكب الخطأ كما قلنا ، وفي هذه الحالة لا يرجع من ارتكب الخطأ بشيء على متولى الرقابة ، لأن الخطأ الذى أوجب المساءة هو خطأ الأول لا خطأ الثانى . أما إذا رجع المضرورة على متولى الرقابة ، جاز لهذا أن يرجع على من ارتكب الخطأ . فإن كان من ارتكب الخطأ مميزاً يرجع عليه متولى الرقابة بكل ما دفعه ، ولا يقسم التعميض بينهما لأن الخطأ هو خطأ الأول كما سبق القول . وإن كان غير مميز ، فلا رجوع لمتولى الرقابة عليه بشيء ، لأن عديم التمييز غير مسئول عن الخطأ ، ولا تترتب في ذمته إلا مسئولية مخففة نحو المضرورة لا نحو متولى الرقابة بشروط بينهاها فيما تقدم ، ويعتبر متولى الرقابة في هذه الحالة هو المسئول الأصلى . وهذا هو الذى تعنيه المادة ١٧٥ من التقنين المدنى الجديد ، إذ تنص على ما يأتى : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر »^(٢) . والمسئول عن عمل الغير (١) ويجوز أن يرجع على الاثنين معاً . بل يجوز أن يفضل ذلك في محكمة أول درجة ، ثم يقتصر في الاستئناف على أحدهما فلا يختم إلا متولى الرقابة مثلاً (استئناف مختلط في ٢٥ يناير سنة ١٨٨٢ المجموعة الرحمة للحاكم المختطة ٨ م ٥٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بالقدر الذى يكون فيه هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص على أصله ، وأصبح رقم المادة ١٧٩ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدنى يجلس الشيخ استبدلت عبارة « في الحدود » بكلمة « بالقدر » ، وأصبح رقم المادة ١٧٥ . ووافق عليها مجلس الشيخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٤٢١ — م ٤٢٢) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدها النص ما يأتى : « إذا ترتبت مسئولية =

هو متولى الرقابة والمتبوع . وسرى أن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التمويض ، أما متولى الرقابة فقد رأينا أنه يرجع على المميز ، ولا يرجع على غير المميز ، وهذه هي حدود مسئولية الغير عن تمويض الضرر التي أشار إليها النص .

المبحث الثاني

مسئولية المتبوع عن التابع (*)

(Responsabilité du commettant du fait de son préposé)

٦٧٥ — النصوص القانونية : كان التقنين المدني القديم ينص في المادة ٢١٤/١٥٢

على ما يأتي :

== الشخص عن عمل غيره ، اطوى هذا الوضع على وجود شخصين يسألان عن ذات الدين مع اختلاف الخطأ المنسوب إلى كل منهما ، أولهما عتد الضرر ويسأل بناء على خطأ ثابت يقام الدليل عليه ، والثاني هو المستول عنه (وهو المكاتب بالرقابة أو التبوع) ويسأل على أساس الخطأ القروض . ومؤدى ذلك أن كليهما يلزم بالدين ذاته لإنزاعاً مبتدأ دون أن يكونا متضادين في أدائهما (المؤلف : الصحيح أنهما متضامتان) ، باعتبار أن أحدهما مدين أصل والآخر مدين تبعي أو احتياطي . فإذا رجع الضرر على عتد الضرر واستوفى منه التمويض الواجب ، وقتت المسألة عند هذا الحد ، لأن وفاة المدين الأصل بالمدين يندأ مسئولية المدين التبعي أو الاحتياطي عنه . بيد أن الضرر غالباً ما يؤثر الرجوع على المدين الاحتياطي ، إذ يكون أكثر اقتداراً أو يساراً . ومتى قام هذا المدين بأداء التمويض ، كان له أن يقتضيه ممن أحدث الضرر . ذلك أن هذا الأخير هو الذي وقع منه الفعل الضار ، فهو يلزم قبل المستول عنه بأن يؤدي إليه ما احتمل من التعويض من جراء هذا الفعل ، وعائل هذا الوضع مركز المدين الأصل من الكفيل . على أن هذه الأحكام لا تطبق إلا حيث يتوافر التمييز في عتد الضرر ، كما فرض هنا في الصورة المتقدمة . فإذا فرض على التقيض من ذلك أن عتد الضرر غير أهل للسالة عن عمله غير المشروع ، فليس للمستول عنه أن يرجع عليه بوجه من الوجوه ، لأنه يكون في هذه الحالة مديناً أصلاً ، وينعكس الوضع فلا يلزم من وقم منه الفعل الضار إلا بصفة تبعية أو احتياطية ، كما تقدم بيان ذلك . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٢١ — ص ٤٢٢) .

وقابل النص في التقينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٧٦ (مطابق) — الليبي م ١٧٨ (مطابق) — العراق م ٢٢٠ (موافق) — اللبناني لا مقابل ولكن النص يتفق مع القواعد العامة . (*) بعض المراجع : زنجير (Zingher) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — فان دن درايشه (Van den Dreische) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ — دالان (Dallant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ — الدكتور طحطاحي ميجت بدوى رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — راديفرنكو (Raduvernenco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ — فلور (Flour) رسالة من كان ١٩٣٣ — برتران (Bertrand) رسالة من إكس سنة ١٩٣٥ — المؤلف فقرة ٣٥٠ — فقرة ٣٥٣ — مصطفى مرعي فقرة ١٩٣ — فقرة ٢٣٤ — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٥٠٤ — فقرة ٥٠٩ — سليمان مرقس فقرة ٨٨ — ١٠٠ — [الدكتور أنور سلطان فقرة ٥٢٧ — ٥٤١ — الدكتور عبدالحميد فرج الصده فقرة ٥٠٤ — ٥١٤] .

« يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشئ عن أفعال خدمته متى كان واقفاً منهم في حالة تأدية وظائفهم ».

وكان هذا النص يسميه أنه لم يحدد علاقة التبعية، وأنه يضيّق عن أن ينظم جميع أعمال التابع التي يكون المتبوع مسئولاً عنها.

لجاء التقنين المدني الجديد وأصبح هذه الديوب، إذ نص في المادة ١٧٤ على ما يأتي :

« ١ — يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقفاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها ».

٢ — وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه^(١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٢ من المشروع التهدي على الوجه الآتي : ١٥ —

يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسئولاً كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة لتابع في ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ — تقوم علاقة التبعية حتى لو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه ، ما دامت له سلطة فعلية في الرقابة عليه وفي توجيهه ، وما دام يملك أمر فصله . ٣ — ولا يستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر » .

وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : « ١ — يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع إذا كان هذا العمل داخلًا في أعمال الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسئولاً كذلك إذا كانت الوظيفة هي التي هيأت الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ — وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه وكان يملك أمر فصله . ٣ — ويستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسؤولية إذا أثبت أنه لم يكن في مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر » . وقد أثار أحد أعضاء اللجنة مسألة مسؤولية المتبوع إذا كان غير مميز ، فأجيب بأنه ما دامت المسؤولية هنا مبنية على خطأ مقفّر فلا يصور افتراض الخطأ في جانب غير المميز . (المؤلف : سئى أن المتبوع يكون مسئولاً حتى لو كان غير مميز) . وأصبح رقم المادة ١٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان وانما أنه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، وقد أثرت اللجنة أن تسج على منوال القانون القديم في التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج في تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون القديم =

ويتبين من هذا النص أن التقنين الجديد تجنب العيين الذين أشرنا إليهما في التقنين القديم . فوسع من دائرة الأعمال التي يسأل عنها المتبوع ، إذ ذكر أنها الأعمال التي تقع من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها ، وفي هذا لم يفعل التقنين الجديد إلا أن يسجل ما جرى عليه القضاء المصري في هذه المسألة . ثم حدد علاقة التبعية بأنها تقوم على سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه ، ولا تقوم ضرورة على حق الاختيار ، وهذا أيضاً ما كان القضاء المصري يجري عليه ، ولم يزد التقنين الجديد على أن سجله .

فنصوص التقنين الجديد في هذا الموضوع ، وإن كانت أدق وأكثر وضوحاً من نصوص التقنين القديم ، لم تستحدث شيئاً ، بل اقتصر على تسجيل الأحكام التي أقرها القضاء المصري .

ونبحث هنا ، كما بحثنا في مسؤولية متولى الرقابة ، أمرين : (١) متى تتحقق مسؤولية المتبوع عن التابع (٢) الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسؤولية المتبوع

٦٧٦ — شرطاه : تتحقق المسؤولية إذا قامت علاقة تبعية ما بين شخصين متبوع وتابع ، وارتكب التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضرراً .

فتتحقق المسؤولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) علاقة التبعية (٢) خطأ التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

== وحذفت من الفقرة الثانية عبارة « وكان يملك أمر فصله » لأن مسألة الفصل لا تعتبر عنصراً لازماً من عناصر راجلة التبعية ، فأحياناً لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك ثبتت المسؤولية ، كما هو الشأن للمجندين تجنيداً إجبارياً أو قسراً يخص لخدمة شخص معين من قبل هيئة من الهيئات . وحذفت من الفقرة الثالثة من هذه المادة لأن حكمها يفضي إلى جعل قرينة المسؤولية من قبيل القرائن البسيطة في هذه الحالة ، ولا عمل للمدول عما قرره القانون الحالي من جعل هذه القرينة قاطعة لا تسقط بإثبات العكس وأصبح رقم المادة ١٧٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (بمجموعة الأعمال التصديرية ٢ س ٤١٢ - س ٤٢٠) .

ويقابل النص في التقنينات للدنية العربية الأخرى : السوري م ١٧٥ (مطابق) — الليبي م ١٧٧ (مطابق) — العراقي م ٢١٩ (مغلوب) — اللبناني م ١٢٧ (موافق) .

§ ١ - علاقة التبعية

٦٧٧ - **مصرانه** : تقوم علاقة التبعية في كثير من الحالات على عقد الخدمة . ولكنها لا تقتضى حتماً وجود هذا العقد ، بل هي لا تقتضى أن يكون التابع مأجوراً من المتبوع على نحو دائم ، أو أن يكون مأجوراً على الإطلاق . فلا ضرورة إذن ، في قيام علاقة التبعية ، أن يكون هناك أجر يعطيه المتبوع للتابع ، بل لا ضرورة لأن يكون هناك عقد أصلاً بين الاثنين .

وقد بينت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ من القانون الجديد ما هو المقصود بعلاقة التبعية ، إذ نصت على ما يأتي : « وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن التابع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه » . فعلاقة التبعية تقوم إذن على هذه السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التي تثبت للمتبوع على التابع ^(١) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يضيف حق الفصل . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حيث تقول : « فيراعى أن المشروع حدد علاقة التبعية تحديداً يبنياً . فليس في طبيعة الأشياء ما يحتم قيام هذه العلاقة على حرية المتبوع في اختيار تابعه ، فتقوامها ولاية الرقابة والتوجيه وما تدرج عندهم الانقياد من أعمال حق الفصل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . وقد رأينا فيما تقدم أن لجنة القانون للدنى بمجلس الشيوخ حذفت حق الفصل من معيار علاقة التبعية لأنه ليس عنصراً ضرورياً من عناصرها ، فقد لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المسئولية ، كما هو الشأن في المهندسين تجنيداً إجبارياً أو فيمن يخصس لحمة شخص معين من قبل هيئة من الهيئات .

وقد ذهبت محكمة النقض في عهد التقنين القديم ، في بعض أحكامها ، إلى الأخذ بحق الاختيار وحق التأديب والفصل من الخدمة لتجديد علاقة التبعية ، ففقت بأن ضمان السيد قانوناً يقوم على مظنة خضعه في اختيار خاضعه وفي مراقبته لإياه بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة ، فتبعية الخفراء لوزارة الداخلية ترجع إلى أنها مرجح تبينهم ، وهي التي تتولى تعليمهم وتراقبهم ، كما أن لها عليهم حق التأديب والفصل من الخدمة (هـ في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ١٩ ص ١٩) .

ثم تركت محكمة النقض معيار الاختيار والفصل إلى معيار السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه ، وهو المعيار الذى أخذ به التقنين الجديد ، ففقت بأن مسئولية السيد عن أعمال خاضعه لا تقوم على مجرد اختياره تابعه ، بل هي في الواقع تقوم على علاقة التبعية التي تجعل السيد يسيطر على أعمال التابع فيسيره =

ونستعرض هذين العنصرين : (١) عنصر السلطة الفعلية (٢) وعنصر الرقابة والتوجيه .

٦٧٨ — عنصر السلطة الفعلية : تقوم علاقة التبعية على سلطة فعلية فليس ضرورياً من جهة أن تكون هذه السلطة عقدية تقوم على الاختيار ، ولا أن تكون من جهة أخرى سلطة شرعية^(١) .

ليس من الضروري أن تكون سلطة عقدية تقوم على الاختيار . وقد قدّمنا أن علاقة التبعية لا تقتضى حتماً أن يكون هناك عقد بين التابع والمتبوع . قد يوجد هذا العقد ، بل هو موجود في كثير من الأحوال ، ويطلب أن يكون عقد عمل . فالعامل والخادم والطاهي والسائق والمستخدم والموظف ، كل هؤلاء تابعون ومتبوعهم هو رب العمل أو سيد البيت أو صاحب المتجر أو الحكومة . ولكن علاقة التبعية ، حتى في هذه الأحوال ، لا تقوم على عقد العمل . فلو أن هذا العقد كان باطلاً ، لبقيت مع ذلك علاقة التبعية قائمة ما دامت هناك سلطة فعلية للمتبوع على التابع . بل ليس من الضروري أن يكون المتبوع قد اختار شخص تابعه . وقد كان الفقه والقضاء قديماً يقيان علاقة التبعية على فكرة الاختيار ، ويعتبران خطأ المتبوع المفترض هو خطأ في الاختيار *culpa in eligendo* . ولكنهما نبذا هذا الرأي تدريجاً . فأجازا أولاً أن يكون الاختيار مقيداً ، أي محصوراً في أشخاص معينين لا يملك المتبوع أن يختار تابعه إلا منهم ، كما إذا كان الاختيار موكولاً إلى مسابقة

== كيف شاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليقات (نقض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٤ ص ٧٦١) .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه لا كان نص المادة ١٥٢ من القانون المدني القديم — التي تنص بمسؤولية المتبوع عن عمل تابعه حال تأدية وظيفته — قد جاء نصاً عاماً مطلقاً فلم تشترط لقيام رابطة التبعية أن يكون للمتبوع علاقة مباشرة بالتابع وإنما تقوم هذه الرابطة أيضاً متى كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع في الرقابة عليه وفي توجيهه طالبت مدة هذه السلطة أو قصرت ، فكلما تحققت هذه السلطة كانت تلك العلاقة : (نقض مدني في ٢٦/٤/١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٨١ ص ٥٤٣) .]

يشترط للتقدم إليها مؤهلات خاصة . ثم أجازا بعد ذلك أن يكون الاختيار مفروضاً على المتبوع ، كالسفينة تدخل في الميناء فيقودها « مرشد » لا تملك أن تختار سواء^(١) ، وكجلاس بلدى يقوم بالمدل عنده موظفون تعينهم الحكومة فلا بد له في اختيارهم . وكأ أنه ليس من الضروري أن يكون للمتبوع حق اختيار تابعه ، كذلك ليس من الضروري أن يملك أمر فصله . وهذا هو شأن موظفى المجلس البلدى الذين عينتهم الحكومة ، فالجلاس لم يحترم ولا يملك أمر فصلهم ، بل الحكومة هى التى تعينهم وتفصلهم ، ومع ذلك فإنهم يعتبرون تابعين للمجلس البلدى لا للحكومة .

وليس من الضروري أن تكون السلطة شرعية ، بل يكفي أن تكون سلطة فعلية . فقد لا يكون للمتبوع الحق في هذه السلطة ، بأن يكون استمدها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلاً ، ولكنه ما دام يستعملها فعلاً ، بل ما دام يستطيع أن يستعملها حتى لو لم يستعملها بالفعل ، فهذا كاف في قيام علاقة التبعية^(٢) .

٦٧٩ — عنصر الرقابة والتروية : ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية منصبة

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن المرشد يعتبر أثناء قيامه بملية لإرشاد السفينة تابعاً للمجهز لأنه يزاوول نشاطه في هذه الفترة لحساب المجهز ويكون الحال كذلك ولو كان الإرشاد إجبارياً وليس في هذا خروج على الأحكام المقررة في القانون المدنى في شأن مسئولية المتبوع وذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ منه تنقضى بأن راجعة التبعية تقوم ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه : (نقض مدنى في ٢٤ من أكتوبر سنة ١٩٦٣ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ١٣٦ من ١٩٧٤) .]

(٢) وقد يكون الولد تابعاً لأبيه ويكون الأب تابعاً لابنه ، وتكون الزوجة تابعة لزوجها ويكون الزوج تابعاً لزوجته ، ويكون الصديق تابعاً لصديقه ، كل هذا فيما يكل المتبوع منهم لتابعه من أعمال إذا كان للمتبوع السلطة الفعلية على تابعه .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يرفع المسئولية المدنية عن مالك الحيلة إدعائها بمدعا عن أعمالها التى يقوم بها لإنهاء الناشر وحده ما دامت هى التى اختلرت لها العمل إذ هو يعتبر تابعاً لها تسأل عن خطئه ما بقيت ملكية الحيلة لها : (نقض جنى في ١٦/١/١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض السنة الأولى رقم ٨٣ من ٢٥١) .]

على الرقابة والتوجيه^(١). فالمتبوع لا بد أن تكون له السلطة في أن يصدر لتابعه من الأوامر ما يوجه بها في عمله ولو توجيهاً عاماً^(٢)، وأن تكون له الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر^(٣).

ولا يكفي أن يكون هناك مطلق رقابة وتوجيه. فالأب له الرقابة على ولده، ومعلم الحرفة يوجه صبيه، ولا يستلزم هذا أن يكون الولد تابعاً للأب ولا أن يكون الصبي تابعاً لمعلم الحرفة. بل لا بد أن تكون هذه الرقابة والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع^(٤). وهذا ما يميز المتبوع عن الأب ومعلم الحرفة ومقدم العمال. إذ الأب

(١) استئناف مخطط في ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ س ٤٠٤ - وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ س ٤٨٦.

(٢) ومن ثم يكون الجندي في الجيش تابعاً لوزارة الدفاع، إذ يتلقى منها التوجيه العام (محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٦ رقم ٢٤٥ س ٦٥٢).

(٣) ومن ثم لا يكون البواب تابعاً للسكان ولو كان يتقاضى منهم أجراً لتقاء خدمات صغيرة، ولكنه تابع لصاحب العمارة، ويكون هذا مسئولاً عنه إذا أحدث ضرراً بالسكان أو بالنهر أو إذا سرق أحد السكان بإيصال من البواب (استئناف مخطط في ٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ س ١٤٩ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ س ١٤٠ - وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ س ٤٩ - وفي ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ س ١٩٧ - وفي ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ س ١). ولا ترتفع مسئولية صاحب العمارة حتى لو اشترط في عقد الإيجار إعفاءه من المسئولية عن أعمال البواب، فالمسئولية التقصيرية لا يجوز اشتراط الإعفاء منها (استئناف مخطط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ س ٢٦٨ - وفي ٦ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ س ٨٥).

والجمال يكون تابعاً لصاحب الأمتعة التي يحملها فيكون هذا مسئولاً عنه (استئناف مخطط في ١٧ يونيو سنة ١٩٤٩ م ٥٢ س ٣٠٤) ومصلحة السكة الحديدية تكون مسئولة عن الحمال باعتباره تابعاً إذا كان هذا الحمال يعمل في شركة تخضع لرقابة المصلحة وتوجيهها (استئناف مخطط في ١٧ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ س ٢٤٢). فإذا لم يكن الحمال تابعاً للمصلحة وتسبب في الإضرار براكب، فإن المصلحة تكون مسئولة عن خطئه الشخصي في أنها لم تتخذ التدابير الكافية لوقاية الركاب، وتكون متضامنة مع الحمال في المسئولية (استئناف مخطط في ١٧ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ س ٢٤٢).

[ويستمر ملاحظ السباحة بالمدراس الأميرية تابعاً لوزارة التربية والتعليم، فإذا غرق تلميذ وثبت إهمال الملاحظ كانت الوزارة مسئولة (قضى مدني في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام التقاضي رقم ١٥ س ٨٨).

(٤) ولا يشترط أن يكون للمتبوع علاقة مباشرة بالتابع، ما دام هذا يعمل لحسابه. وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المتبوع يكون مسئولاً عن عماله الأضرين الثانويين ولو كان تعيينهم ==

له الرقابة على ولده ولكن في غير عمل معين ، ومعلم الحرفة ومقدم العمال لها الرقابة والتوجيه على الصبية والعمال في عمل معين ، ولكن الصبية لا يقومون بهذا العمل لحساب معامهم بل ليتدربوا على العمل ، والعمال لا يقومون بالعمل لحساب المقدم عليهم بل لحساب رب العمل ، فهم والمقدم معهم تابعون جميعاً لرب العمل ^(١) .

== معرفة الموظفين الرئيسيين : ادمام أن التبعين بمررتهم داخل فيا رسم لهم صاحب العمل من الاختصاصات . فإذا حوكم ممرض لنسبته بإحالة في وفاة مريض وحكم عليه نهائياً بالعقوبة ، ظلتبوع يسأل عن هذا الإحمال سواء أكان هو الذى أطام الطبيب في المستشفى في وظيفته وهذا الأخير هو الذى عين الممرض ومن في حكمة أم كان التبع هو الذى عين الجلبج مباشرة (١٥) نوفمبر سنة ١٩٣٦ الحاملة ١٧ رقم ٢٠٣ (٤٣٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التابع إذا أحل ابنه عمله ، كان التبع مسئولاً عن ابن تابه إذا كان لإحلال الابن يعتبر خطأ من التابع (١٢) يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٩ من ١٨) .

بل قد يكون التابع غير معين ، وبقى التبع مسئولاً عنه ، وإن كان لا يستطيع الرجوع عليه فيا بعد ، ويكون شأن التبع معه في ذلك شأنه مع التابع المصر . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه يمكن في مسالة المخدم مديناً أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ خادم له ولو تضرر صتيته من بين خدمه . فاما الحكم قد أثبت أن وفاة الجلبج عليه لا بد أن تكون قد نشأت عن خطأ أحد التبعين (الكسارى أو السائق) الذين هما تابان لإدارة النقل المشترك ، فإن مسالة هذه الإدارة مديناً تكون متبعية لأنها مسئولة عما يقع من مستخدميها في أثناء تأدية خدمتهم ، ولا ينم من ذلك أن المحكمة لم تستطع تعيين الخطأ منها . وليس في التزام الإدارة بالتعويض مع تبرئة الكسارى خروج عن التواعد الخاصة بالمسئولية ، لأن هذه التبرئة قائمة على عدم ثبوت ارتكابه الخطأ الذى أدى إلى وقوع الحادث ، أما مسئوليتها فؤسسة على ثابت قطعاً من أن هذا الخطأ إنما وقع من أحد خادميها الذين كانوا يصلان ممأ في السيارة . ولا يشترط لمسالة المخدم عن خطأ خادمه أن يكون الخادم حاضراً أو ممثلاً في الدعوى التي تقام على المخدم ، فالنازل عن خصاصة ورتبة الخادم لا يحول دون مطالبة المخدم ، إذ هذا النزاع ليس فيه ما يفيد عدم مسئولية الخادم حتى كان يمكن أن يقال بعدم مسئولية المخدم (قض جنائى في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٣ الحاملة ٢٦ رقم ١٣٧ . وانظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاتحاد ١٧ العدد الثاني — وقد أشار الماقي في تعليقه إلى حكم آخر صادر في هذا المعنى من محكمة الاستئناف في ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الحاملة ١٠ من ٥٩٤ ، وفيه اعتبرت الحكومة مسئولة عن استبدال قطن من رتبة أدنى بقطن من رتبة أعلى مادام من المظروع به فيه أن هذا الاستبدال قد حدث إما في المركز أو لدى نائب المصعد أو لدى شيخ الحفراء فكل هؤلاء تابعون للحكومة) .

ومسئولية الحكومة عن أعمال الموظف هي مسئولية التبع عن التابع (انظر في هذه المسئولية حسين عامر في المسئولية المدنية قرة ٦٧٢ — قرة ٦٧٩) .

(١) ولهذا التمييز أهمية كبيرة ، إذ أن مسئولية الأب عن ولده باعتباره تابعاً تختلف عن مسئوليته عن ولده باعتباره تحت رقايته ، فالمسئولية الأولى لا تندفع بنفى الخطأ ، وتندفع المسئولية الأخرى بنفيه على النحو الذى قمناه .

وتراخى علاقة التبعية بتراخى الرقابة والتوجيه ، حتى إذا لم يبق لدى التبوع سلطة كافية في الرقابة والتوجيه اندمجت علاقة التبعية . فالأطباء الذين يعملون في مستشفى لحسابهم لا يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى . وأعضاء الجمعية لا يعتبرون تابعين لها . والشركاء لا يعتبرون تابعين للشركة^(١) . والمقاول إذا كان مستقلاً لا يعتبر تابعاً لرب العمل ، وهذا فرق ما بين عقد العمل وعقد المقاولة^(٢) . وإذا أطار شخص سيارته لصديق

(١) ولكن مدير الشركة يعتبر تابعاً للشركة (استئناف مخطوط في ١١ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٤٣٥ — وفي ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ١٨٩) . والمؤتمم يبيع منتجات شركة في جهة معينة يعتبر سائقه تابعاً لهذه الشركة إذا كان المؤتمم ممثلاً للشركة (استئناف مخطوط في ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٢٣٠) .

وتعتبر الممرضة تابعة للطبيب الذي تعمل في خدمته (استئناف مخطوط في ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ من ١٠) . ولا يعتبر المؤجر متبوعاً لمستأجره (محكمة للنصوص الجزئية المختلطة في ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٤ من ٨٠) — ولا يعتبر الوصي تابعاً للقاصر (استئناف مخطوط في ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٥٨) .

ولا يعتبر ناظر الوقف تابعاً والوقف متبوعاً إلا إذا كان الناظر معيناً من قبل المستعفيين ، أما إذا عينته وزارة الأوقاف أو القاضي فلا (استئناف مخطوط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ من ٨٣ — وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٥٧٦) . وهناك أحكام قضت بأن الوقف لا يكون متبوعاً لأنه ليس بشخص اعتباري (استئناف مخطوط في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤١٠) ، ولأن الوقف لا يلتزم في غير حالة المرض إلا بدين أجازته القاضى ولأن تصرف الناظر لا يلزم الوقف إلا فيما فيه صالح الوقف (استئناف مخطوط في ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ من ٢٨٧ — وفي ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٢٥٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن ناظر الوقف الذي لا يعطى المستعفيين استحقاقهم في الوقف لا يجعل الوقف مسئولاً عنه (١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٥٧٦ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ١٦٦) . ويرى الأستاذ مصطفى مرعي أن الوقف يسأل عن الخطأ الذي يقع من الناظر في أثناء عمله المنوط به بحكم وظيفته ، فإذا أتى الناظر في أثناء هذا العمل خطأ ضاراً بالتغير كان للمضروور أن يرجع على الوقف متضامناً مع الناظر والوقف أن يرجع على الناظر بما يدفعه عنه (المسؤولية المدنية فقرة ٢٠٩ — ٢١١) . ونحن إذا كنا نرى أن الوقف شخص معنوي ، إلا أننا نؤثر ألا يلتزم بتصرفات الناظر ، قولية كانت أو ضمنية ، إلا في الحدود التي رسمها الفقه الإسلامي ، فإن الوقف ظالم من خلق هذا الفقه ، فيؤخذ منه كما هو في غير ما تدعو له الضرورة .

والحارس على الأشياء المحجوزة يعتبر تابعاً للعاجز إذا كان هو الذي اختاره (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٦٨ من ٧٢٠) ، ولا يعتبر تابعاً له إذا عينه المحضر (محكمة مصر الوطنية في ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٣٤ من ٣٥١ — استئناف مخطوط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ من ٥٥ — وفي ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٤٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المقاول إذا كان يعمل مستقلاً لا تحت رقابة صاحب العمل ، فإن المقاول لا يعتبر تابعاً لصاحب العمل (استئناف مخطوط في ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ من ١٩٦ —

== وفي ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ — وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٦٤ —
وفي ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ — وفي ٣ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٠ — وفي ٣
يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ — وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢) .
وهناك أحكام قضت بأن المفاوض يتبر تاجراً لصاحب العمل متى كان يقبع اقتصادياً ولو كان مستقلاً عنه
في العمل ، ككلم أثار يتبر تاجراً لصاحب العمل أو المفاوض الأصلي (استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٢٥
م ٣٧ ص ٤١٥ — وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠) . ولا تعتبر الحكومة متبوعة للمفاوض
ولا تكون مسئولة عن خطئه إذا لم تحفظ إلا بحق الإشراف العام عليه دون أن يكون لها حق التوجيه
والإدارة (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠) ، وكانت الأحكام القديمة تقضي
بقيام علاقة التبعية في هذه الحالة (محكمة استئناف مصر الوطنية في ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم
٥٤١ ص ١٠٦١) . استئناف مختلط في ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٦٢ — وفي ٤ نوفمبر سنة
١٩١٤ م ٢٧ ص ٨) ، ثم تطورت الأحكام إلى التمييز بين مجرد الإشراف العام فلا تقوم علاقة التبعية
والإشراف المصحوب بالتوجيه والإدارة فتقوم هذه العلاقة (استئناف مختلط في ٣ يناير سنة ١٩٢٩
م ٤١ ص ١٥٢ — وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢ — ٧ يونية وفي سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٢
— وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٥ وفي ١٧ يونية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩ — وفي ٢٤
فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) ، وقد قضت محكمة النقض في هذا
المعنى بأنه إذا أسس الحكم مسؤولية الحكومة عن المفاوض على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المفاوض
دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ في عملية المفاوضة ،
وما أثر هذا الخطأ في سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذي وقع ، أو هل الإشراف قد تجاوز التنفيذ
في حد ذاته واحترام شروط المفاوضة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلًا فعلياً في تنفيذ عملية المفاوضة
بسييرها للمفاوض كما شاءت ، فهذا الحكم يكون قاصراً عن إيراد البيانات الكافية لقيام المسؤولية
(قضى مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) وقضت محكمة النقض أيضاً
بأن مالك المنزل لا يسأل عن خطأ الصانع الذي استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه في إجراء هذا
العمل (قضى مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص ٢٥) .
ومتى ثبت أن المفاوض ليس تاجراً لرب العمل ، فلا يكون هذا مسئولا عنه إلا إذا ارتكب
خطأ شخصياً بأن عهد بالعمل إلى مفاوض لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للعمل الفني الذي عهد به إليه ،
فيكون صاحب العمل مسئولا عن خطئه الشخصي لا عن خطأ المفاوض (استئناف مختلط في ٢٤ يونية سنة
١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ — وفي ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٦ — وفي ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤
م ٢٧ ص ٧ — وفي ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ — وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص
١٨٢) . ولا يكون المفاوض الأصلي مسئولا عن تأخير المفاوض من الباطن (استئناف مختلط في ١٤ يناير
سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٨ : ولكن إذا ارتكب للمفاوض الأصلي خطأ شخصياً كان مسئولا عنه) .
[وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الأصل في القانون أن المسؤولية شخصية إلا أن حالة مسؤولية
التبوع عن خطأ تاجره ليست هي الاستثناء الوحيد الذي يرد على هذا الأصل ، بل يرد عليه أيضاً مسؤولية
رب العمل عن خطأ المفاوض إذا كان هذا الأخير يعمل بتوجيهه وتحت إشرافه المباشر — على ما جرى عليه
قضاء محكمة النقض — كما يرد عليه أيضاً حالة رب العمل الذي يسيء اختيار المفاوض فيعهد بالعمل إلى مفاوض
جاهل بأصول مهنة المفاوضة ، والفارق بين مسؤولية المالك في هذا الصدد ومسؤولية التبوع أن سوء الاختيار
في الحالة الأولى يجب على المدعى إثباته وفي الحالة الأخرى هو مفترض قانوناً افتراضاً لا سبيل لدحضه :
(قضى مدني في ١٢/٦/٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ٦٩ ص ٥٥٧)] .

وترك له زمامها فلا يعتبر الصديق تابعا لصديقه ، ولكن إذا ترك الأب سيارته لولده بقودها وأشرف عليه في قيادتها اعتبر الولد تابعا لأبيه ^(١) . وإذا استأجر صاحب السيارة سائقا اعتبر هذا السائق تابعا له ^(٢) ، أما إذا استأجر شخص سيارة ^(٣) بالأجرة (تاكسى) فإن السائق لا يكون تابعا له لأنه مستقل عنه وليس للراكب عليه حق الرقابة والتوجيه ^(٤) أما العلاقة فيما بين الموكل والوكيل فقد تكون علاقة تبعية أو لا تكون ، تبعا لما إذا كان

(١) استئناف مخطط في ٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ م ١٧٥ — وإذا كلف الأب ولده تأدية مهمة ، فساق الولد سيارة لتأدية هذه المهمة ، اعتبر تابعا لأبيه (استئناف مخطط في ٢٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٢ م ٢٨١) . وإذا أعار الأب ابنه أو ابنته سيارة ، وكان الابن أو البنت تملك رخصة شخصية لقيادة ، فلا يعتبر أى منها تابعا لأبيه (استئناف مخطط في ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ٢٢٣ — وفي ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٣٠٢) . وكذلك لا يكون الابن تابعا إذا أعاره أبوه سيارته ولم يكن الابن يقضى مصلحة للأب بل يقضى مصلحة شخصية لنفسه (استئناف مخطط في ١٥ يولية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ٣٧٦) . ويعتبر الأب مسئولاً عن حادث سيارة ، ولو اشترت باسم ابنته ، إذا كان سائق السيارة الذى وقع بحادثه الحادث أقر أنه مستخدم عند الأب وتبين أن الابنة تقيم مع والديها وليس لها مال ظاهر يسمح بشرائها السيارة (استئناف مخطط في ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٥١٤) .

(٢) استئناف مخطط في ٨ يولية سنة ١٩١٠ م ٢٢ م ٣٦٠ — وفي ١٢ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ م ٢٤٩ — وصاحب « الجراج » مسئول عن أخطاء السائق الذى يستخذه (استئناف مخطط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ م ٧٣) ، حتى ولو ذهب هذا وساق سيارة لميل ليحضرها إلى الجراج (استئناف مخطط في ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ م ١٤٩) .

(٣) ولا تعتبر الشركة مسئولة عن أعمال صاحب عربة تستخدمه للنقل إذا كان مستقلا في عمله (استئناف مخطط في ١٢ يولية سنة ١٩٤٦ م ٥٩ م ١٨) . ولكن مالك سيارة الأجرة (التاكسى) يكون مسئولا عن السائق (استئناف مخطط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ م ٢١) .

[هذا وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن الطاعن الأول أجر إلى الطاعنين الثانى والثالث سيارة التى صدرت موثرت المطعون عليهم بمقتضى عقد اشترط فيه انتقال ملكية العبن المؤجرة إلى المستأجرين بددفع كل الأقساط — عقد إجارة للبيع — وكان المحكم الطعون فيه لإدخال ذلك الطاعن المسئولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثانى والثالث قد أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائما من نصوص العقد من أنه مازال وقت الحادث مالكا للسيارة وله بمقتضى العقد حتى الإشراف والرقابة على من كان يقودها إذ ذاك وتسبب بحادثه في وقوعه ، كان هذا الذى أوردته المحكم كافيا لحمله ومؤدى إلى ما انتهى إليه ومن ثم يكون النتي عليه بالتصور على غير أساس : قضى مدنى في ٥/٢٤ سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض السنة ٢ رقم ١٣٨ م ٨٦٣] .

الوكيل خاضعاً أو غير خاضع لرقابة الموكل وتوجيهه في العمل الذي عهد به إليه^(١).

وقد تتوزع الرقابة والتوجيه بين أكثر من شخص واحد. فإذا استخدم عدة أشخاص شخصاً واحداً في عمل مشترك لهم، كانوا كلهم متبوعين لمستخدمهم، وكانوا مسئولين عن عمله بالتضامن فيما بينهم. وقد يقوم شخص بأعمال متفرقة لأشخاص متعددين، كالخادم تقوم بالشؤون المنزلية لأسرات متعددة في أوقات متعاقبة فتنتقل من منزل إلى آخر، وتكون في هذه الحالة تابعة للمخدوم الذي تقوم بشؤون منزله في الوقت الذي تؤدي فيه هذا العمل^(٢). وقد يعير المتبوع تابعه لشخص آخر، فإذا استبقى المعير رقابته وتوجيهه بقي متبوعاً، أما إذا انتقلت الرقابة والتوجيه إلى المستعير كان هذا هو المتبوع. مثل ذلك شخص يعير سيارته مع سائقها لصديق. فإن انتقلت الرقابة والتوجيه إلى الصديق وبخاصة إذا كانت الإعارة لمدة طويلة أصبح السائق تابعاً له^(٣)، وبظل السائق تابعاً لمتبوعه الأول إذا كان هذا قد احتفظ لنفسه بحق الرقابة والتوجيه.

وليس من الضروري أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية،

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأن الموكل يسأل بالتضامن مع وكيله عن الإجراءات السكيدية التي يباشرها الوكيل ولوزير لإجازة موكله (٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣). وقضت أيضاً بأن الموكل يسأل عن النش الذي وقع من وكيله (٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) وقضت كذلك بأن للمالك مسئول عن الخطأ الذي يرتكبه من يدير ملكه (٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٠). وانظر في مسئولية الموكل عن وكيله الأستاذ مصطفى مرعي في المسئولية المدنية لفرة ٢٠٤ - فرة ٢٠٨.

تختلط في ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٥.

(٢) ويكون الصديق في هذه الحالة متبوعاً عرضياً (commettant occasionnel) انظر في مسئولية المتبوع الرضئ تليقاً للدكتور سليمان مرقس على الحكم الصادر من محكمة النقض في ١٥ فبراير سنة ١٩٤٣ (القضية رقم ٥١٣ سنة ١٣ قضائية) في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ - ص ٥٥٨.

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبت أن الطاعن قد اختار السائق وكانت له عليه وقت حصول الحادث سلطة الأمر والهي، ولو لم يكن هو المالك للسيارة، فإن الحكم بالزام الطاعن بالتبويض عن خطأ السائق في هذه الحالة يكون صحيحاً (قض جنائي في ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٢٢٧ ص ٤٣٢).

ويعتبر صاحب السيارة للسلطة متبوعاً عرضياً لسائق يربط السيارة للسلطة في سيارته (استئناف مختلط في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٩).

بل يكفي أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه . فصاحب السيارة حتى لو لم يكن يعرف القيادة متبوع لاسأمتها ، وصاحب المستشفى متبوع لأطبائه الذين يعملون لحسابه في المستشفى حتى لو لم يكن هو نفسه طبيباً^(١) . وقد يكون المتبوع غير قادر على الرقابة والتوجيه حتى من الناحية الإدارية ، كأن يكون صغيراً أو غير مميز ، فينوب عنه نائبه ، من ولى أو وصى أو قيم ، في القيام بالرقابة على التابع وفي توجيهه^(٢) .

§ ٢ - خطأ التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها

١٨٠ - أمراه : متى قامت علاقة التبعية بين شخصين على النحو الذى قدمناه ، فإن مسئولية المتبوع عن التابع تتحقق إذا ارتكب التابع خطأً أضر بالغير في حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ : « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

فيشترط إذن أمران : (١) أن يرتكب التابع خطأً يضر بالغير (٢) وأن يرتكب هذا الخطأ في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض ، ولو كانت علاقة تبعية أندية ، كاف لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب (قس مدنى فى ٢٢ يونيه ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصيدلى يعتبر تابلاً لصاحب الصيدلية ولو لم يكن هذا فنياً ، لأنه هو الذى اختاره وعليه رقابته (١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٠) . ولكن لا يعتبر القاول متبوعاً لطبيب إذا نظم القاول عيادة له بالبحر واستخدم فيها الطبيب وكان هذا حائزاً على المؤهلات اللازمة (استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣) .

(٢) وسنرى فيما يلى ، عند الكلام فى أساس مسئولية المتبوع ، أن المتبوع قد يكون غير مميز .

٦٨١ - خطأ يرتكب التابع بضرر الغير : لا تقوم مسؤولية المتبوع إلا إذا تحققت مسؤولية التابع ، فإن الأولى فرع عن الثانية^(١) .

وحقن تقوم مسؤولية التابع يجب أن تتوافر بالنسبة إليه أركان المسؤولية الثلاثة : الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

فيجب إذن على المضرور ، حتى في رجوعه على المتبوع ، أن يثبت خطأ التابع . ومن الجائز في بعض الحالات أن تتحقق مسؤولية التابع على أساس خطأ مفترض . مثل ذلك أن يكون التابع مدرساً في مدرسة أميرية ، فتقوم مسؤوليته على تلاميذه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل لإثبات العكس ، فإذا لم يثبت العكس كان مسئولاً بمقتضى هذا الخطأ المفترض ، وكانت الحكومة مسئولة عنه باعتبارها متبوعاً . ومثل ذلك أيضاً أن يعود التابع سيارة هو الحارس لها ، ويدهس أحد العابرة حال تأدية وظيفته أو بسبب هذه الوظيفة ، فإن مسؤوليته تتحقق في هذه الصورة على أساس خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل لإثبات العكس باعتباره الحارس للسيارة ، وتتحقق معها مسؤولية المتبوع . فالتساعده إذن أنه حيث تتحقق مسؤولية التابع ، بناء على خطأ واجب الإثبات أو بناء على خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل لذلك ، فإن مسؤولية المتبوع تقوم إلى جانب مسؤولية التابع^(٢) .

(١) محكمة استئناف أسبوط ٢ يونيو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٢٧ س ٥٠ . وقد قضت محكمة النقض بأن انتهاء المسؤولية المدنية عن التابع يتقيا أيضاً عن المتبوع بطريق التبعية (قض مدني في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ س ١٩٨) وقضت كذلك بأن الحكم براءة التابع لمجنونه لا يميز الحكم بالتعويض على متبوعه (قض جنائي في ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ٥٧ س ١٩٩) .

(٢) وإذا كانت السيارة في الليل التي نحن بصده في حراسة شخص غير التابع والمتبوع ، كما لو أعار صديق سيارته للمتبوع مع الاحتفاظ بالحراسة (garde) ، ففضها هذا إلى تابعة ، ودهس بها التابع أحد العابرة ، فإن المضرور يكون له الرجوع على التابع بمقتضى خطأ يجب إثباته ، ومن ثم يكون له الرجوع على المتبوع . كذلك يكون له الرجوع على صاحب السيارة الذي احتفظ بالحراسة بمقتضى خطأ مفترض . فإذا رجع عليه دون أن يثبت خطأ في جانب التابع ، فإنه لا يستطيع الرجوع على التابع مادام لم يثبت في جانبه خطأ ، كما لا يستطيع الرجوع على المتبوع لأن مسؤولية التابع لم تتحقق .

ويجب على المضرور كذلك أن يثبت أن خطأ التابع قد ألحق به الضرر. وسنرى أنه يجوز أن يكون المضرور هو أيضاً تاباً لنفس المتبوع ، فيبقى المتبوع مسئولاً أمامه عن خطأ التابع الأول. أما إذا كان المضرور هو المتبوع ذاته ، فسرى أن التابع لا يستطيع أن يتمسك بخطأ مفترض ضده ليتخفف من المسؤولية ، وكذلك إذا كان المضرور هو التابع وقد ألحق الأذى بنفسه وهو في خلعة متبوعه ، فسرى أنه لا يرجع على المتبوع بخطأ مفترض .

٦٨٢ — حال تأدية الوظيفة أو سببها — القاعدة العامة : ويجب أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا هو الضابط الذي يربط مسؤولية المتبوع بعمل التابع ، ويبرر في الوقت ذاته هذه المسؤولية . فإنه لا يجوز إطلاق مسؤولية المتبوع عن كل خطأ يرتكبه التابع ، وإلا كانت هذه المسؤولية غير مستساغة ولا مقبولة . وإنما تستساغ مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع وتكون مقبولة إذا اقتصر على الخطأ الذي يرتكبه التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها ، ففي هذه الحدود وحدها يقوم الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية المتبوع ، سواء كان هذا الأساس خطأ مفترضاً أو ضماناً أو امتداداً لشخصية المتبوع على النحو الذي سنبسطه فيما بعد .

والقاعدة هي أن يقع الخطأ من التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة . فلا يكفي أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة (à l'occasion de la fonction) ، بأن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه^(١) . بل يجب ، إذ لم يكن الخطأ قد وقع في عمل من أعمال الوظيفة ، أن تكون

(١) وقد ذهب الأستاذ مصطفي مرعي في كتابه «المسئولية المدنية في القانون المصري» ققرة ٢٢٠ — ققرة ٢٢٩ ، إلى أنه يكفي أن الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، حتى تتحقق مسؤولية المتبوع عن تاجه — واستشهد بأحكام صدرت من محكمة النقض وردت فيها هذه الببارات . ونحن نرى أن هذا توسع لا مبرر له في مسؤولية المتبوع ، وأن محكمة النقض في الأقضية التي فصلت فيها كانت في غنى عن تقرير المبدأ على هذا النحو من السمة ، وسنعود إلى تفصيل ذلك (انظر في هذا المبحث الدكتور سليمان مرقس في تعليقه المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ — ص ١٧٦) .

هناك في الغالب علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر في ارتكابه لولا الوظيفة . ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته ، أو عن طريق الإساءة في استعمال هذه الوظيفة ، أو عن طريق استغلالها^(١) . ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر^(٢) ، علم به أو لم يعلم^(٣) ، عارض فيه أو لم يعارض^(٤) . ويستوى أخيراً أن يكون التابع في ارتكابه للخطأ قد قصد خدمة متبوعه أو اندفع إلى الخطأ بحافز شخصي^(٥) .

(١) وفصل بعض الفقهاء ما بين هذه الفروض الثلاثة — مجاوزة حدود الوظيفة والإساءة في استعمالها واستغلالها — حتى إذا أورد الأمثلة على كل فرض منها ، دق التمييز بينها ، حتى تتدخل الفروض بعضها في بعض ، ويصعب التفريق بين فرض وفرض (أنظر المسؤولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعي فقرة ٢٢٠ وما بعدها حيث يستعرض هذه الفروض ، ويأتي بأمثلة لكل فرض يصعب في بعضها تخصيصه لفرض دون آخر) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن تكون الجريمة التي تقع من المادم قد وقعت بتعرض من السيد ، وبأن أساس مسؤولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما تعرض في جانب المتبوع من الخطأ والتقصير في اختيار التابع أو في رقابته ، وهذا النوع من المسؤولية لا يشترط فيه تعرض من السيد ولا صدور أي عمل إيجابي منه (نقض جنائي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مسؤولية المتبوع تنحقق حتى لو كان غالباً وغير عالم بمجرمة التابع (نقض جنائي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه — قارن نقض جنائي في ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٥) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه يمكن لتطبيق المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) أن يقع الخطأ الناتج للضرر من خادم وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية المادم عمله ، فن توافرت هذه الشروط ثبتت مسؤولية السيد بحكم القانون ، وبغير حاجة إلى البحث فيما إذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خادمه ومراقبته ، أو أن المادم قد خالف أمر سيده ، لأن هذه المسؤولية إنما هي مسؤولية مفترضة افتراضاً قانونياً (نقض مدني في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن السيد مسئول ولو كان المادم ارتكب الفعل رغمًا من أوامر سيده (استئناف في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٣/٦٠٩) ، وقضت أيضاً بأن مسؤولية المتبوع تنحقق طالما كان العمل متصلاً بعمل التابع ، ولو كان ناشئاً عن سوء استعماله لمهام وظيفته أو عن إغفاله أوامر سيده (استئناف في ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٢/٥٢١ ص ٨٦٦) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى ارتكب المادم الخطأ أثناء تأدية عمله ، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصي له أو عن الرغبة في خدمة السيد ، فقد ترتبت مسؤولية السيد مدنياً عن هذا الخطأ =

يستوى كل ذلك ما دام الشرط الذى أسلفنا ذكره قد توافر ، فلم يكن التابع ليستطيع ارتكاب الخطأ أو لم يكن ليفكر فى ارتكابه لولا الوظيفة^(١) .

وإذا كان لا يكفى المساءلة المتبوع أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة ، فأولى ألا تتحقق هذه المساءلة إذا كان خطأ التابع أجنياً عن الوظيفة لا تربطه بها أية علاقة .

١١٥٩ :

ومخلص لنا مما قدمناه حالات أربع : (١) الخطأ فى تأدية الوظيفة . (٢) الخطأ بسبب الوظيفة . (٣) الخطأ بمناسبة الوظيفة (أو الخطأ الذى هيأت له الوظيفة) . (٤) الخطأ الأجنبى عن الوظيفة .

والخطأ فى الحالتين الأوليين يحقق مسئولية المتبوع ، ولا يحققها فى الحالتين الأخيرتين ونستعرض كلا من الحالات الأربع .

٦٨٣ - الخطأ فى تأدية الوظيفة : الأصل أن الخطأ الذى يرتكبه التابع ، فتتحقق به مسئولية المتبوع ، يقع وهو يؤدى عملاً من أعمال وظيفته . فسائق السيارة ، وهو تابع

== (قضى جنائى فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢١٩ م ٤٢٠ - وفى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ م ١٩ - وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ م ٨٥٢ - قارن قضاى جنائى فى ١٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١/٣ م ٤ - محكمة مصر الوطنية فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٨١ م ٨٢٩ - استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ١٠٤ - وفى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ م ٨٥) .

(١) وضعا الشرط الذى يجب توافره لتحقيق مسئولية المتبوع فى هذه الصيغة عمداً ، إذا لا يسكنى أن يقال - كما يقال عادة - إنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، بل يجب أن يثبت أيضاً أنه لولا الوظيفة لا استطاع التام أن يرتكب الخطأ أو لا فكر فى ارتكابه .

[وقد قضت محكمة النقض أنه يكفى لتحقيق مسئولية المتبوع من الضرر الذى يحمده تابه بعمله غير المشروع أن تكون هناك علاقة سببية قائمة بين الخطأ ووظيفة التام ، ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التام لحدود وظيفته أو عن طريق الإساءة فى استعمال هذه الوظيفة ، أو عن طريق استغلالها ، ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع ولم يأمر به ، علم به أو لم يعلم ، كما يستوى أن يكون التابع فى ارتكابه الخطأ المستوجب للمسئولية قد قصد خدمة متبوعه أو جرح نفسه ، يستوى كل ذلك ما دام التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ أو يفكر فى ارتكابه لولا الوظيفة ، قضاى جنائى فى ١٩٦١/١/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ رقم ٥ م ٤٦] .

لصاحبها ، إذا دهس شخصاً في الطريق عن خطأ يكون قد ارتكب هذا الخطأ وهو يقود السيارة ، أى يؤدى عملاً من أعمال وظيفته ، فيكون المتبوع وهو صاحب السيارة مسئولاً عن هذا الخطأ . والخادم وهو يقوم بأعمال النظافة في منزل مخدمه ، فيلقى خطأ في الطريق جسماً صلباً يؤذى أحد المارة ، يرتكب الخطأ وهو يؤدى عملاً من أعمال وظيفته . فيكون الخدم مسئولاً عنه . وخفير الدرك وهو يضبط المتهم ، فيطلق عياراً نارياً عن خطأ منه فيصيب مقتلاً من المتهم ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يؤدى عملاً من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه . والطبيب الذى يعمل لحساب مستشفى ، إذا أخطأ في علاج مريض ، يكون قد ارتكب الخطأ وهو يؤدى عملاً من أعمال وظيفته ، فتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه . وقس على هذه الأمثلة كثير غيرها^(١) .

وقد قدمنا أنه يستوى أن يكون الخطأ في تأدية الوظيفة قد وقع بناء على أمر من المخدم ، أو بغير أمر منه ولكن بعلمه ، أو بغير علم منه ولكن دون معارضة ، أو وقع الخطأ بالرغم من معارضة المخدم . والخطأ في جميع هذه الأحوال هو ، كما عرفناه ، انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد .

(١) وقد قضت محكمة النقض أن الخفير الذى يطلق في عروطة عياراً نارياً في أثناء حراسته ليلا فيصيب شخصاً يكون قد ارتكب خطأ يجعل الحكومة مسئولة عنه (قضى جنائى في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ الهامة ٥ رقم ٦٠٩ من ٧٣٧) . وقضت أيضاً بأن سائق السيارة لإذ تركها وبها مفتاح الحركة في عهدة تابع آخر لمخدومه (خفير زراعية) ، فبث هذا التابع الذى يجمل القيادة بالمفتاح ، فاطلقت السيارة على بغير هدى وأصاب الحصى عليها ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، وهو حفظ السيارة من أن يثبت بها ، ويكون المخدم مسئولاً عن ذلك (قضى جنائى في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ٣٠٧ من ٧٠٧) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن الممرض الذى يعمل في خيمة مستشفى ، إذا أخطأ فأعطى المريض سماً بدلاً من الدواء ، وترتب على هذا الخطأ موت المريض ، يكون قد ارتكب الخطأ في عمل من أعمال وظيفته ، وتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه (استئناف مصر في ٢٩ فبراير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٧٢ رقم ٣٦ من ٦٧) . وقضت أيضاً بأن المحضر الذى يطبخ في إعلان حقيقة الاستئناف ، ويرتب على ذلك عدم قبول الاستئناف ، يكون قد أخطأ في عمل من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه (استئناف مصر في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ٣٥٦ من ٧٢٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البواب ، إذا تهاون فكسك لصاً من سرقة مال أحد المستأجرين ، يكون قد ارتكب خطأ في عمل من أعمال وظيفته ، ويكون المالك مخدمه مسئولاً عنه (استئناف مختلط في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ من ١٤٠) .

٦٨٤ - الخطأ بسبب الوظيفة : وقد يرتكب التابع الخطأ وهو لا يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، ولكن الوظيفة تكون هي السبب في ارتكابه لهذا الخطأ . فيكون المتبوع مسئولاً عنه في هذه الحالة ، لأن هناك علاقة وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، إذ كانت الوظيفة هي السبب المباشر للخطأ .

ولا يكفي القول بالسببية المباشرة لتحديد الحالة التي نحن بصدد ها . بل يجب أن نسير خطوة أبعد في هذا التحديد . ونورد طائفتين من الأمثلة تقطعها من أحكام القضاء المصري ، لتستخلص الميعار الذي يصلح أساساً لكل طاقة منها .

الطائفة الأولى : (١) أحب خفيّر امرأة متزوجة ، فاستدّرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة ، قضت محكمة النقض بأن الحكومة مسئولة عن عمل الخفيّر ، وقالت : « إذا كان الخطأ الذي وقع من المتهم ، وضر به المدعى بالحق المدني ، إنما وقع منه بوصفه خفيّر أو في الليل وفي الدرك الممين لتأدية خدمته فيه وبالسلاح المسلّم إليه من الحكومة التي استخدمته ، وأنه إنما تذرّع بوظيفته في التضايل بالجنى عليه حتى طأوعه وجازت عليه الخدعة ، ثم تمكن من القتل به ، مما يقطع بأنه قد ارتكب هذا الخطأ أثناء تأدية وظيفته ، وبأن وظيفته هذه هي التي سهلت له ارتكاب جريمته ، فمسئولية الحكومة عن تعويض الضرر الذي تسبب فيه المتهم باعتباره خفيّرًا معيناً من قبلها ثابتة : سواء على أساس أن الفعل الضار وقع منه أثناء تأدية وظيفته ، أو على أساس أن الوظيفة هي التي هيأت له ظروف ارتكابه » (١) .

(١) قض جنائي في ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية رقم ١٩٦ من ٣٦٩ . [وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن القانون المدني إذ نص في المادة ١٧٤ على أن يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها لم يقصد أن تكون المسؤولية مقصورة على خطأ التابع وهو يؤدي عملاً داخلياً في طبيعة وظيفته ويمارس شأنًا من شئونها أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ ولا تكون ضرورة لإمكان وقوعه بل يتحقق أيضاً كلما استغل التابع وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله الضار غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه سواء ارتكب الفعل لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي إذ تقوم مسؤولية المتبوع في =

٢ - ذهب صراف إلى المركز في عمل من أعمال وظيفته ، فكلف العمدة خفيرين بحراسته ، فاقض عليه الخفيران في الطريق وقتلاه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الجريمة تكتب في أثناء تأدية الخفيرين لوظيفتهما ، فتكون الحكومة مسئولة عنهما^(١) .

٣ - ذهب كونستابل في مهمة رسمية ومعه مسدسه ، فزار في الطريق بعض أقاربه ، وفي أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق وأصاب مقتلاً من صبي كان بجانبه . فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن عمل الكونستابل ، وقالت في أسباب حكمها إن « المادة ١٥٢ (قديم) إذ تقرر مسؤولية السيد عن الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمه متى كان

== هذه الأحوال على أساس استغلال التابع لوظيفته وإساءته استعمال الشئون التي عهد التبوع إليه بها متكلفاً بما افترضه القانون في حقه من ضمان سواء اختياره لتابعه وتقصيره لمراقبته وهذا النظر الذي استقر عليه قضاء محكمة النقض في ظل القانون القديم قد اعتنقه الشارع ولم ير أن يبعد عنه كما دلت عليه الأعمال التوضيحية لتفنين المادة ١٧٤ . فإذا كان الثابت أن الخفير المتهم تسلم بتفقيته الأمرية من دوار العمدة للوقوف في دركه فإنه من هذه اللحظة يعتبر أنه يؤدي عملاً من أعمال وظيفته فإذا كانت المشاجرة التي وقعت بين أخته وأخرى قد حصلت بعد ذلك وبعد استلامه البندقة فأتجه إليها المتهم بوصفه خفيراً تحت ستار أداء الواجب عليه كما أتجه إليها غيره وإتهماً للمتهم فرصة وجود السلاح الأمرى معه وارتكب ما ارتكب بها فإن هذا يبرر قانوناً لإلزام وزارة الداخلية بمؤيوس الضرر الذي وقع على المجنى عليهم من تابعيها المتهم أيضاً كان الباعث الذي حفزه على ذلك إذ هو غاية في الدلالة على أن وظيفة المتهم بوصفه خفيراً نظامياً هي التي هيأت له كل الظروف التي مكنته من اغتيال المجنى عليهم ولم يكن المتهم وقت فعلته التي فعلها متجرباً عن وظيفته ولا مقطوع الصلة فلا يخدمه : نقض جنائي في ٧/١٠/١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ٩ رقم ١٨٦ ص ٧٥٨] .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض في حكم آخر بأنه إذا ارتكب الموظف حال قيامه بوظيفته خطأ بدافع شخصي من انتقام أو حقد أو نحوها ، فالوظف وحده هو الذي يجب أن يسأل عما جر إليه خطأه من الضرر بالغير ، فإذا ذهب الخفير مع العمدة لإبطال السواقي التي كانت تدار لرى الشرافي ، وأجلال الساقية التي كان يديرها المجنى عليه ووالده ، غير أنه بعد انصراف العمدة والخبراء عاد الخفير الأول وأصر على أن يسلم ساقية المجنى عليه ، ففعل الجارية وخلع العين المثبت بها بواسطة فأس ضيقة ، ولما اعترضه المجنى عليه ضربه عمداً بيد الفأس ، فكان ذلك سبباً في وفاته ، كان في كل هذا ما يشعر بجواز أن يكون الخفير لما اعتدى على المجنى عليه بدافع الانتقام لإرضاء لضيقته سابقة (نقض جنائي في ١٥ يناير سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٤ رقم ٤ ص ٥ - وانظر تقدماً لهذا الحكم في كتاب المسؤولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعي ص ٣٠١ - ص ٢٠٣) .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٤ التمراتج ٢ رقم ١١٦ ص ١١٥ .

واقفاً منهم في حال تأدية وظائفهم قد عمت ، فلم تجعل المسؤولية واجبة فقط عن الأضرار الناشئة من تأدية الوظيفة نفسها ، بل جعلتها واجبة أيضاً عن الأضرار الناشئة عن كل فعل وقع حال تأدية الوظيفة ولو لم يكن من أعمال الوظيفة ذاتها ولكن هيأت للقيام بأدائه الوظيفة بحيث لولا هذا الأداء ما كان هذا الفعل ليقع كما وقع . فإذا كان الضرر الذي وقع من الموظف نتيجة عبثه بسلاح تسلمه بحكم وظيفته ، فالوزارة التي هو تابع لها مسؤولة عن توكيل هذا الضرر ^(١) .

٤- — كلف سيد خادمه بإحضار أحد العمال لإصلاح سيارته ، وأعطاه بطاقتين ليشتري بهما « البنزين » ، فأحضر الخادم عاملاً فحص السيارة وقرر أن ليس بها عطل ، فأخذها الخادم واشترى البنزين ، وذهب يبحث عن سيده ليسلمه السيارة ، فأصاب أحد العابرة بخطئه ، فقضت محكمة النقض بمسؤولية السيد عن الخادم ، وقالت في أسباب حكمها : « السيد مسئول عن خطأ تابعه ولو كان هذا الخطأ قد وقع منه وهو متجاوز حدود وظيفته ، ما دامت وظيفته هي التي هيأت له إتيان خطئه المستوجب للمسؤولية » ^(٢) .

٥- — ترصد فراش لناظر مدرسته معتزماً اغتياله لاعتقاده أن الناظر يضطهده ، واقترب

(١) نقض مدني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر سنة ٥ رقم ١١٥ من ٢٦٠ . ومع ذلك فقد قضت محكمة جنابات أسبوط في ١١ أغسطس سنة ١٩٢٣ (المحكمة ٥ رقم ٣٢ من ٣١) بأنه إذا اطلق عيار ناري من بندقية الحفير وهو بعيد عن دركه الرسمي ، لفير عمل رسمي ، وكان الحفير يحمل البندقية مبالغة في غير الأحوال التي نصت عليها التعليمات ، فلا مسؤوليه على الحكومة .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان ثابت أن التابع هو مستخدم لدى وزارة الداخلية في وظيفة بوليس ملكي وأن الوزارة سلمته لانتصيات وظيفته سلاحاً نارياً وتركته يعمل في جميع الأوقات ، وأنه ذهب حاملاً هذا السلاح إلى حفلة عرس دعى إليها ، وهناك أطلق السلاح إلهاراً لمشاعره الخاصة فأصاب أحد الحاضرين ، فإن وزارة الداخلية تكون مسؤولة عن الأضرار التي أحدثها تابعها بسبله هذا غير المشروع ، ولا يؤثر في قيام مسؤوليتها أن يكون تابعها قد حضر الحفل بصفته الشخصية منام عمله اضار غير المشروع متصلاً بوظيفته ، مما يجعله واجباً بسبب هذه الوظيفة ، وذلك وفقاً لحكم المادة ١٥٢ مدني قديم الذي لا يفرق في شيء عن حكم المادة ١٧٤ مدني جديد (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٠ من ١٥٨٢) -]

(٢) نقض جنائي في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائي ٤ رقم ٦٢ من ٥٦ .

الفراش من سيارة الناظر متظاهراً أنه يفتح له بابها بصفته رئيساً له وقتله بسكين أعدها لهذا الغرض ، فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن الفراش ، وقالت في أسباب حكمها : « إذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تأدية وظيفته بالذات ، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية كما كانت الوظيفة هي التي ساعدت على إتيان الفعل الضار وهيأت للتابع بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، لأن المخدم يجب أن يسأل في هذه الحالة على أساس إساءة الخدم استعمال شؤون الخدمة التي عهد هو بها إليهم ، متكفلاً بما افترضه القانون في حق من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم في كل ماتعاق بها . فإذا ترصد التهم عند باب المدرسة التي يشغل بها فراشاً مع زملائه الفرشين فيما حتى موعد انصراف انجنى عليه منها (وهو مدرس متدرب لقيام بأعمال نظارة المدرسة) ، وتتمكن منه في هذه الفرصة واغتاله في هذا المكان وهو يتظاهر بأنه إنما يقترب منه لكي يفتح له — بصفته رئيساً — باب السيارة التي كانت في انتظاره ، فذلك يبرر قانوناً إلزام الوزارة بتعويض الضرر الذي وقع على المجنى عليه من خادمها التهم »^(١).

٦ — سرق أحد سعاة البريد كتاباً (خطاباً) تسلمه بمحكم وظيفته ، فاعتبرت محكمة الاستئناف الوطنية أن مصالحة البريد مسئولة عنه^(٢).

٧ — ترك السائق السيارة وبها مفتاح الحركة لتابع آخر للمخدومه (خفير زراعية) فعبث بهذا التابع بالمفتاح ، فانطلقت السيارة ، وأصاب شخصين في الطريق . فاعتبرت محكمة النقض المخدم مسئولاً عن عمل كل من السائق وخفير الزراعة^(٣).

(١) قض جنائي في ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ م ١٩ .

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ يولييه سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية رقم ١٧ م ٤٢ . وقرب من هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن إدارة السلك الحديدية مسئولة عن خطأ « الكساري » الذي يستغل وظيفته في تهريب مسروقات من بلد إلى آخر (قض فرنسي في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٤٧٣) .

(٣) قض جنائي في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٧ م ٧٠٢ . وقد سبق الإشارة =

والتأمل في هذه الطائفة من الأحكام يستطيع ردها جميعاً إلى أصل واحد . ففي كله منها يرتكب التابع خطأ لم يكن يستطيع ارتكابه لولا وظيفته . فالتخفيف في المثل الأول ما كان يستطيع استدراج الزوج إلى الفرك لولا تذرعه بوظيفته . والتخفيفان في المثل الثاني ما كانا يستطيعان قتل الصراف لو لم يكلفا بحراسته . والكونستابل في المثل الثالث ما كان ليعبث بالسدس لو لم يتسله بحكم الوظيفة . والخادم في المثل الرابع ما كان ليصيب العابر لو لم يتسلم السيارة من سيده باعتباره خادماً له . والفراش في المثل الخامس لم يكن يستطيع اغتيال الناظر لولا تقدمه إلى باب السيارة باعتباره فراشاً^(١) . وساعي البريد في المثل السادس لم يكن ليسرق الكتاب لو لم يتسله بحكم عمله . وخفير الزراعة في المثل الأخير ما كان ليبحث بمفتاح الحركة في السيارة لو لم يكن خفيراً عند مخدومه .

نقول إن المعيار الذى يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . ونعارض بهذا المعيار معيارين آخرين ، قال بأحدهما القضاء ، وقال الفقه بالثاني .

أما معيار القضاء فهو هذا الذى تكرر في الأسباب التى قلناها عن محكمة النقض ، إذ غلب فيها ذكر أن الوظيفة هى التى ساعدت على إتيان الخطأ وهىأت الفرصة لارتكابه^(٢) .

== إلى هذا الحكم . وذ كرت محكمة النقض في أسباب حكمها ما يأتى : « إن إصابة المجنى عليها قد تسببت عن خطأ السائق أثناء قيامه بعمله عند مخدومه وخطأ الخفير وهو يؤدى عملاً لسيده ما كان يؤديه لو لم يكن خفيراً عنده » .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الخادم ، وهو السائق لا السائق ، غير مكلف من قبل مخدومه بقيادة السيارة وكان أجنبياً عن هذه الخدمة ، فاستعمل السيارة في غفلة من الخدم ، وصدم بها شخصاً فقتله ، فإن الخدم لا يكون مسئولاً عن فعله (قضى جنائى في ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ الحماية ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٥ — وانظر قدماً لهذا الحكم للأستاذ مصطفى مرعى في المسئولية المدنية ص ١٩٥ — ص ١٩٦) .

(١) يضاف إلى هذا الاعتبار في هذا المثل بالثبات أن الفراش لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا وظيفته . وهذا هو المعيار الثانى الذى سنتنقل إليه فيما على .

(٢) وقد دافع الأستاذ مصطفى مرعى عن هذا المعيار دفاعاً شديداً (انظر كتابه في المسئولية المدنية فقرة ٢٢٩ بوجه خاص) .

وكانت المحكمة في غنى عن هذا الميار الذي يفيض عن الحاجة فيما يتسم له^(١). فليس كافياً أن تكون الوظيفة ساعدت على إثبات الخطأ أو أنها هيأت الفرصة لارتكابه ، بل يجب فوق هذا إثبات أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة فملاحة الوظيفة بالخطأ ليست بحسب أنها ساعدت عليه وهيأت الفرصة لارتكابه . بل هي أكثر من ذلك ، إذ هي ضرورية لإمكان وقوع الخطأ ، ولولاها لما استطاع التابع أن يأتي العمل الذي جعله مستولاً .

وأما معيار الفقه فيتلخص كما أسلفنا في أن تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ^(٢) . والسببية المباشرة ، فوق ما تنطوي عليه من إبهام ، لا تزال أوسع من الميار الذي نقول به . فقد تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ دون أن تكون ضرورية في ارتكابه . فنحن إذن نؤثر الميار الذي قررناه ، ونذهب إلى أن الوظيفة يجب أن تكون ضرورية لارتكاب الخطأ^(٣) . وهذا هو للميار الأول في الخطأ بسبب الوظيفة ، استخلصناه من هذه الطائفة الأولى من الأحكام . وننتقل الآن إلى الميار الثاني ، نستخلصه من الأحكام التي تنظمها الطائفة الثانية .

الطائفة الثانية : (١) ارتكب موظف إداري جريمة تحط من كرامة أشخاص ينتمون إلى الحزب المعارض لسياسة الحكومة ، لا مدفوعاً بمامل شخصية ، بل إرضاء للحكومة القائمة ، واجتفاء الزلني عندها . فقصت محكمة جنابات للنصورة^(٤) بأن الحكومة تكون

(١) انظر في هذا المعنى تعليق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ - ص ١٧٨ .

(٢) انظر تعليق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٥٥ وما بعدها ، وهو التعليق الذي سبقت الإشارة إليه . وانظر تعليقاً آخر له في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني .

(٣) وقد رأينا فيما تقدم (قرة ٦٨٢ في الماش) أنه لا يكفي القول بأنه لولا الوظيفة لا وقع الخطأ ، فهذه العبارة لا تغني أكثر من قيام علاقة السببية المباشرة ما بين الوظيفة والخطأ ، ولا يفهم منها حيناً أن الوظيفة كانت ضرورية لإمكان وقوع الخطأ .

(٤) جنابات للنصورة في ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ المجلد ١١ رقم ٢١٤ ص ٣٧٨ .

مسئولة عن هذا اللوظف ، وأيدت محكمة النقض^(١) هذا الحكم .

(٢) رأى خادم سيده يتضارب مع شخص آخر ، فبادر إلى مساعدته ، وضرب الشخص الآخر ضرباً لم يقصد به قتله لكنه أفضى إلى موته . قضت محكمة النقض بأن السيد يعتبر مسئولاً عن نتيجة الأعمال التي ارتكبها الخادم في مصاحبة سيده ، ولو كانت هذه النتيجة أشد خطورة مما كان يريده السيد^(٢) .

(٣) نسب إلى عمال أحد القاولين أنهم اعتدوا على أرض زراعية ، فنضب ناظر الزراعة واعتدى على هؤلاء العمال اعتداء مسلحاً . فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الدائرة التي يعمل ناظر الزراعة في خدمتها ، والتي وقع الاعتداء المسلح على العمال لحمايتهم ، مسئولة عن عمل ناظر الزراعة ، سواء كان هذا العمل الذي قصد به الناظر مصلحتها قد أدى إلى نفعها أو عاد عليها بالضرر^(٣) .

(٤) اتهم شخص بالسرقة ، فأراد وكيل شيخ الخفر أن يفرض عليه صلحاً لقاء مبلغ من البقود يدفعه لمن وقعت عليه السرقة ، ولما لم يجد معه قوداً ضربه ضرباً أفضى إلى موته فاعتبرت محكمة النقض أن الحكومة مسئولة عن عمل وكيل شيخ الخفر ، وقالت في أسباب حكمها إن المجنى عليه « كان تحت حراسة رجال الحفظ الذين منهم وكيل شيخ الخفر ، فإذا ما تسدى هذا الأخير عليه بالضرب في هذا الظرف ، كان هذا التسدى واقعاً منه أثناء تأدية وظيفته ، ولم يكن التنقيش والضرب إلا اعتماداً على تلك الوظيفة . وبذلك تكون

(١) تقض جنائي في ٧ مايو سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٧ .

(٢) تقض جنائي في ٥ يناير سنة ١٩٢٥ الهامة ٥ رقم ٥٠٣ ص ٦٠٦ وقضت محكمة بنى سوييف في هذا المعنى بأنه إذا تضارب عمدة مع شخص آخر ، فاعتدى خادم العمدة على هذا الشخص الآخر ، كان العمدة مسئولاً عن فعل خادمه (بنى سوييف في ٣١ يناير سنة ١٩٢١ الهامة ٢ رقم ٩٤ ص ٢٩٢) .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٤ . انظر أيضاً استئناف مختلط في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٧ .

الحكومة مسئولة مدنياً عن نتيجة خطأ التهم طبقاً للمادة ١٥٢ مدني (قديم) ، ولا تأثير للباعث على الجريمة وهو فرض الصلح على المجنى عليه في الدعوى الحالية وعدم قيامه بدفع المبلغ المطلوب منه ، لأن نص تلك المادة صريح في فرض المسؤولية على المخلوم عن كل ما يأتيه الخادم حال تادية عمله بقطع النظر عن البواعث التي يمكن أن تكون قد دفعت به إلى ارتكاب ما ارتكب ، ولأن أساس مسؤولية المخلوم عن خطأ خادمه يرتكز على افتراض سوء الاختيار والنقص في المراقبة . ويمكن لقيام هذا الافتراض أن يرتكب الخادم خطأ أثناء تادية عمله ، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصي له أو عن الرغبة في خدمة المخلوم^(١) .

٥ — اعتدى سائق إحدى السيارات العامة على راكب بسبب ما أبداه الراكب من الاعتراض على السائق لعدم وقوفه عند محطة إجبارية ، فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الشركة التي يعمل السائق في خدمتها مسئولة عن خطأ هذا السائق^(٢) .

والتأمل في هذه الطائفة من الأحكام يستطيع أن يردها هي أيضاً إلى أصل واحد . ففي كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة . فال موظف الإداري في المثل الأول ما كان ليفكر في الاعتداء على الأشخاص الذين ينتمون إلى الحزب المعارض لولا وظيفته ، وما ولدته هذه الوظيفة في نفسه من الرغبة في تملق الحكومة القائمة . والخادم في المثل الثاني ما كان ليفكر في ضرب المتمدلي على سيده لولا أنه خادم هذا السيد . وناظر الزراعة في المثل الثالث ما كان ليفكر في الاعتداء على المال لولا أنه يعمل في خدمة الدائرة التي قصد حمايتها ووكيل شيخ الخمر في المثل الرابع ما كان ليفكر في ضرب التهم لو لم يكن من رجال

(١) تقض جنائي في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٤ رقم ١٠٩

ص ٩٠ .

(٢) استئناف مخطط في ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٤ . كذلك يكون عامل النقل مسئولا عن عمل سائق عنده هتك عرض طفلة كان مكلفاً بنقلها (محكمة السين الفرنسية في ٢٨ مايو سنة ١٨٧٢ دالوز ١٨٧٣ — ٣ — ٧) ، وعن سرقة طبل عنده لثاغ أحد الركاب (محكمة السين الفرنسية في ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ — ٥ — ٧٥) .

الحفظ وقد رغب في إنهاء الحادث صلحاً . والسائق في المثل الخامس ما كان ليفكر في الاعتداء على الركاب لو لم يكن هو السائق للسيارة . ومن ثم فالعيار الثاني الذي يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة .

فهناك إذن معياران للخطأ بسبب الوظيفة ، ويعتبر التابع قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته إما لأنه لم يكن يستطيع ارتكاب هذا الخطأ ، وإما لأنه لم يكن ليفكر في ارتكابه ، لولا الوظيفة^(١) .

٦٧٥ — الخطأ بمناسبة الوظيفة : ويتبين مما تقدم أن التابع لا يكون مسئولاً إذا لم يكن خطأ التابع قد وقع بسبب الوظيفة على النحو الذي فصلناه ، بل كان هذا الخطأ قد

(١) وقد رأينا أن التابع يعتبر قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته ، سواء حرضه التابع على هذا الخطأ أو لم يحرضه ، وسواء علم التابع بالخطأ أو لم يعلم ، وسواء عارض فيه أو لم يعارض . ورأينا كذلك أن الخطأ يكون بسبب الوظيفة حتى لو دفع التابع إلى ارتكابه حافز شخصي .

وبقي أن نقرر أن مسئولية التابع تختفي ، ولو كان الخطأ بسبب الوظيفة ، إذا تبين أن الضرور قد عامل التابع وهو عالم بمجاوزته حدود وظيفته ، فإن الضرور في هذه الحالة يكون قد عامل التابع بصفته الشخصية لا باعتباره تابعاً . وقد قضت محكمة النقض بأن معاملة التابع مع العلم بأنه لا يعمل لحساب متبوعه لا يجعل التابع مسئولاً ، كمتخدم في مصرف عومل على اعتبار أنه يعمل لحساب نفسه ، فلا يكون الصرف مسئولاً عنه (نقض جنائي في ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ١١٤ من ٢٩٦) . فلو أن سائق السيارة انفق مع صديق له على أن يجلس السيارة من سيده لفترة بها معاً ، وارتكب السائق خطأ كان سبباً في إصابة صديقه ، لم يكن صاحب السيارة مسئولاً عن هذا الخطأ (الدكتور سليات مرقس في العمل الضار فقرة ٩٦ من ١١١ — أنظر أيضاً تطبيقاً له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ من ١٨٠ — وأنظر استئناف مختلف في ٥ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٩١ — وفي ١٦ مارس ١٩٣٢ م ٤٤ من ٢٢٨) .

هذا والمعيانان اللذان مأخذ بهما للخطأ بسبب الوظيفة يأخذ بهما معنا بعض الفقهاء في مصر (محمد كامل مرسى في الالتزامات ٢ فقرة ١٤٦) . ومن الفقهاء من يقف عند المعيار الأول دون الثاني ، فلا يكون الخطأ بسبب الوظيفة إلا إذا كان التابع لم يكن يستطيع ارتكاب هذا الخطأ لولا الوظيفة (عبد النعم فرج الصدة فقرة ٥١١) . ومنهم من يستعمل تسبيحاً آخر فيقول بوجود سببية مباشرة بين الخطأ والوظيفة وذلك بمجاورة التابع لحدود الوظيفة عن أحد طريقين ، إما بأن يتربد في أداء عمل من أعمالها وإما أن يسعى استعمال الوظيفة ، بحيث يثبت في الحالتين أنه لولا الوظيفة ، ما وقع الخطأ (سليمان مرقس في الفصل الضار فقرة ١٣٠ وفقرة ١٣٢ — أحمد حشمت أبو سكت فقرة ٥٢٣ — وقارن حسين عامر في المسئولية المدنية فقرة ٦٧٠) ومنهم من يتوسع كثيراً كما سنرى فيقول بتوافر الخطأ إذا كانت الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ١ مصطفي مرعي في المسئولية المدنية فقرة ٢٢٠ — فقرة ٢٢٩] .

وقع بمناسبة الوظيفة ، بأن اقتصرت الوظيفة على تيسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهينة الفرصة لارتكابه ، ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو لتفكير التابع فيه . وإذا كانت محكمة النقض عندنا تقرر غير ذلك فيما تتقدم به من الأسباب لأحكامها ، وتذكر في كثير من هذه الأسباب أنه يكفي لتحقيق مسئولية المتبوع أن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، فقد رأينا أنها كانت في غنى عن هذا التوسع ، وأن أحكامها تستقيم فيما عرض لها من الأفضية لو أنها التزمت المبدأ الصحيح ، واشترطت أن يكون الخطأ قد وقع بسبب الوظيفة ، لا بمناسبة الوظيفة بحسب ، فإن الأحكام التي أصدرتها في هذا الموضوع كان منطوقها لا يتغير لو أقيمت أسبابها على هذا الأساس الدقيق . ولقد كان التفتين المدني الجديد موافقاً كل التوفيق عندما جلا الصموص الذي يحيط بهذه المسألة ، فقد رأينا أنه نص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ على أن « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » . فذكر الخطأ في تأدية الوظيفة والخطأ بسبب الوظيفة ، وتجنب أن يذكر الخطأ بمناسبة الوظيفة أو الخطأ الذي تكون الوظيفة قد هيأت الفرصة لارتكابه^(١) .

(١) وقد رأينا أن المشروع التمهيلي للتفتين المدني الجديد قد جرى محكمة النقض فيما درجت عليه من توسع مجاوز الحاجة ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ من هذا المشروع على أن « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسئولاً كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع في ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة » . وكذلك فصل المشروع النهائي والمشروع الذي أقره مجلس النواب . ولجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هي التي أدخلت هذا التعديل الموافق على النص ، فصلت « المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، وإن كانت قد ذكرت في تقريرها أنها آثرت « أن تنسج على منوال التفتين الحالي (القديم) في التعبير لبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج في تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون الحالي (القديم) » ، فلم تكن تحس وقت أن أدخلت هذا التعديل مقدار ما أصابت من التوفيق (أنظر مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤١٣ — ص ٤٢٠) .

[على أن محكمة النقض قد قضت بأن القانون المدني إذ نص في المادة ١٧٤ على أن « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته »]

ونأتى بأمثلة للخطأ الذى تسمى الوظيفة الفرصة لارتكابه وهو الخطأ بمناسبة الوظيفة ، لتبين الفرق بينه وبين الخطأ بسبب الوظيفة .

— أو بسببها — قد أقام هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب التبوع فرضاً لا يقبل لإثبات العكس ، مرجعه إلى سوء اختياره لتابعه وتقصيره فى رقابته ، والقانون إذ حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكون العمل غير المشروع واقعاً من التابع « حال تأدية الوظيفة أو بسببها » لم يقصد أن تكون المسئولية مقصورة على خطأ التابع وهو يؤدى عملاً داخلًا فى طبيعة وظيفته ويمارس شأنًا من شؤنها ، أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ ، وأن تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضاً كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله الضار غير المشروع ، أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكب التابع فعله لمصلحة التبوع أو عن باعث شخصي ، وسواء كان الباعث الذى دفعه إليه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها ، إذ تقوم مسئولية التبوع فى هذه الأحوال على أساس استغلال التابع لوظيفته وإساءته استعمال الثبوت التى عهد للتبوع إليه بها متكتلاً بما افترضه القانون فى حقه من ضمان سوء اختياره لتابعه وتقصيره فى مراقبته ، وهذا النظر الذى استقر عليه قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم قد اعتقه الشارع ولم ير أن يحميد عنه كما دلت عليه الأعمال التحضيرية لتقنين المادة رقم ١٧٤ من القانون المدنى : (تنص جنائى فى ٧ يولية سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٣١٦ من ١٠٧٥) — ثم عادت محكمة النقض وقضت بأن مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ من القانون المدنى أن التبوع يكون مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى وقع الخطأ من التابع وهو يقوم بأعمال وظيفته ، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة ، وأنه يكفى أن تكون هناك علاقة سببية قائمة بين الخطأ ووظيفة التابع بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر فيه لولا الوظيفة . ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق عبادة التابع لحدود وظيفته ، أو عن طريق الإساءة فى استعمال هذه الوظيفة ، أو عن طريق استغلالها . ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به التبوع أو لم يأمر به . علم به أو لم يعلم ، كما يستوى أن يكون التابع — فى ارتكابه الخطأ المتوجب للمسئولية — قصد خدمة متبوعه ، أو جرّم نفسه — يستوى كل ذلك ما دام التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة .

فإذا أثبت المحكم أن التهم يعمل سائق سيارة لدى المسئول عن الحقوق المدنية وكانت وظيفته هذه قد يسرت له الحصول على الأسمت بعد إثبات رقم سيارته على التصاريح الزورة وأن هذه الوظيفة هى السبب الذى مكن التهم من مقارنة ما أسند إليه — وهو سبب مناسب فى ذاته لتحقيق مسئولية التبوع أساسه استغلال التابع لوظيفته — فإن القضاء بمسئولية كل من التهم والمسئول عن الحقوق المدنية هو قضاء سليم من ناحية القانون : تنص جنائى فى ١٢ يناير سنة ١٩٦٠ بمجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١١ رقم ٨ =

لو أن سائق السيارة ، بدلا من أن يعتدى على الركاب معه مما يجعل الخطأ واقعا بسبب الوظيفة فيما قدمناه ، كان يضرر المخذل خصم له ، قصد الانتقام منه ، وتعبه في الطريق ، وانهز فرصة قيادته للسيارة فدهسه بها ، لم يكن صاحب السيارة مسئولاً عن عمل السائق ، لأن السائق كان ينوى الإضرار بخصمه ، سواء كان ذلك بدهسه أو بأن يلحق به أى نوع آخر من أنواع الأذى ، فلم تكن وظيفة السائق ضرورية لارتكاب الخطأ ، بل اقتصر على تيسيره وهيأت الفرصة لوقوعه . ويكون الخطأ في هذه الحالة قد وقع ، لا بسبب الوظيفة ، بل بمناسبة الوظيفة .

ولو أن طاهيا أمسك بالسكين التي يستعملها في عمله ، وطمع بها القصاب الذي يشتري منه اللحم لسيده لشجار بينهما بسبب هذا التعامل ، كان هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهي لم يكن ليفكر في الاعتداء على القصاب لولا وظيفته . ولكن هذا الطاهي نفسه ، لو كان له خصم يريد إيذائه ، فذهب إليه حيث يسكن ، وأخذ السكين معه وطمع به ، لم يكن هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهي لو لم يجد هذه السكين لعرى غيرها ، فوظيفته لم تكن ضرورية لارتكاب الخطأ ، بل اقتصر على أن تيسر له ارتكابه ، وأن تهيب له الفرصة في ذلك ، فالخطأ هنا لم يقع بسبب الوظيفة ، بل بمناسبة الوظيفة ، ولذلك لا يكون السيد مسئولا عن عمل الطاهي .

ولو أن الخفير الذي أحب امرأة متزوجة فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله

== ص ٥٤ . بيد أن محكمة النقض أصدرت حكماً حديثاً قضت فيه بأن للمشرع أقام مسئولية المتبوع على أساس خطأ مفترض من جانب المتبوع لا قبل إثبات العكس يرجع إلى سوء اختيار تابعه وتقصيره في رقابته وأن المشرع لم يقصد أن تكون تلك المسئولية مقصورة على عمل التابع وهو يؤدي عملاً داخلاً في طبيعة وظيفته أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ أو تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضاً كلما كانت فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إثبات الفعل الضار غير للمعروف أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه : (نقض جينائي في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ١٧٥ ص ٩٥٤) .

لتخلص له الزوجة ، فارتكب خطأ بسبب الوظيفة على النحو الذى قدمناه ، لم يتذرع بوظيفته فى التضليل بالزوج ، بل ذهب إليه فى مسكنه ، وفى غير وقت العمل ، وأطلق عليه عياراً نارياً من سلاح الحكومة قتلته ، لم يكن هذا العمل خطأً بسبب الوظيفة ، لأن الخفير كان يستطيع قتل الزوج بسلاح آخر غير السلاح الذى تسلمه من الحكومة ، وإنما يسر له سلاح الحكومة ارتكاب جريمته ، وهياً له الفرصة فى ذلك . فيكون الخطأ الذى وقع منه خطأً بمناسبة الوظيفة ، ولا تكون الحكومة مسئولة عنه ^(١) . وقد سبق أن رأينا أن الخفير ، وهو يضبط المتهم ، فيطلق عياراً نارياً عن خطأ فيصيب مقتلاً منه ، يكون قد ارتكب خطأً فى تأدية الوظيفة . فهذا عيار نارى يطلقه الخفير ، يكون خطأً : تارة فى تأدية الوظيفة ، وطوراً بسبب الوظيفة ، وثالثة بمناسبة الوظيفة .

٦٨٦ — الخطأ الأجنبي عن الوظيفة : وإذا كان الخطأ بمناسبة الوظيفة لا يجعل المتبوع مسئولاً عن عمل تابعه ، فأولى بالخطأ الأجنبي عن الوظيفة أن يكون له هذا الحكم .

ومن أمثلة الخطأ الأجنبي عن الوظيفة ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا كان الثابت بالحكم أن حادث القتل المطلوب التعويض عنه قد وقع خارج المصنع الذى يعمل فيه القتل وفى غير أوقات العمل ، وأن مرتكبيه من عمال المصنع قد دبروه فيما بينهم

(١) [فaron حكم محكمة النقض الذى قضى بأنه متى كان الثابت أن التابع هو مستخدم لدى وزارة الداخلية فى وظيفة بوليس ملكى وأن الوزارة سلمته لمقتضيات وظيفته سلاحاً نارياً وتركته يحمله فى جميع الأوقات وأنه ذهب حاملاً هذا السلاح إلى حفلة عرس دعى إليها وهناك أطلق السلاح إظهاراً لمشاعره الخاصة فاصاب أحد الحاضرين ، فإن وزارة الداخلية تكون مسئولة عن الأضرار التى أحدثها تابعها بسببه هذا غير المشروع ولا يؤثر فى قيام مسئوليتها أن يكون تابعها قد حضر الحفل بصفته الشخصية ما دام عمله الفارغ غير المشروع متصلاً بوظيفته مما يحمله وأما منه بسبب هذه الوظيفة وذلك وفقاً لحكم المادة ١٥٢ مدنى قديم التى لا يفرق فى شئ عن حكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى الجديد : نفس مدنى فى ٣ من مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٨٠ ص ٨٢٢] .

خارج المصنع أيضاً عشية وقوعه ، فلا يصح اعتبار أنهم ارتكبوه أثناء تأدية وظيفة لهم لدى صاحب المصنع ، وبالتالي لا يصح إلزامه بالتعويض عنه مهما كان سببه أو الدافع إليه ، مادامت العلاقة الزمنية والمكانية منعقدة بينه وبين العمل الذى يؤديه الجناة لمصلحة صاحب المصنع ^(١) .

وقضت محكمة جنائيات طنطا بأن الحكومة غير مسئولة عن جنابة ارتكبتها أحد رجال البوليس فى وقت كان فيه متفنياً عن عمله فى أجازة رسمية ^(٢) .

(١) قض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ م ٤٣٦ . وقد قرر هذا الحكم أن أحكام مسئولية التبوع عن التابع واحدة فى القانون المصرى والفرنسى ، ثم بحث عن الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية . فقال فى هذا المعنى إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) تقتضى لمساءلة المخدم أن يكون الضرر الذى أصاب الغير ناشئاً عن فعل الخادم فى حال تأدية وظيفته (en exerçant ses fonctions) ، تلك العبارة التى يقابلها فى المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى (dans les fonctions auxquelles ils les ont employés) والمبارتان مؤداهما واحد ، ولا فرق بينهما إلا من حيث إن النص فى القانون المصرى قد لوحظ فيه دقة التعبير عن المعنى المقصود . والمادة المذكورة إذ جعلت المسئولية تعتمد على غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى تقتضاهما ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء — على كثرة ما قيل فى صدق تسويته — أساسه أن شخصية التبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً لذلك يكون من اللعين عدم الأخذ بهذا الاعتبار إلا فى الحدود المرسومة فى القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعاً من التابع أثناء قيامه بوظيفته . وبما أن مسئولية المخدم عن خطأ خادمه ، وإن كانت محل خلاف من حيث وجوب اتصال الفعل الضار بالوظيفة إذا كان قد وقع أثناء القيام بها أو عدم وجوب اتصالها ، إلا أنه لا جدال فى أن الحادث اللجب للمسئولية يجب أن يكون قد اقترفه التابع فى وقت لم يكن قد تخلى فيه عن عمله عند التبوع واتصلت الصلة فيه بينهما ولو مؤقتاً ، وأصبح التابع بذلك خراً يفعل ما يريد ويتصرف كما يشاء تحت مسئوليته وحده ذلك لأن مسئولية التبوع إنما تقوم على ما للسيد من حق إصدار أوامره وتعليماته التى يتابعه والتمسك من ملاحظته فى تنفيذ ما عهد به إليه . فإذا أهملت هذا الزمام من يد التبوع كان التابع غير قائم بوظيفته ، وكان للتبوع من ثم غير مشغول عن تصرفاته بحال ما .

ومهما يكن من وجاهة هذه الأسباب ، فإن هناك محلاً للحفاظ فى هذه القضية . ذلك أن القليل كان رئيساً لعمال المصنع ، وقد قتله انتقاماً منه ، لضرره واحداً منهم لاحظ عليه مخالفته لتعليمات . فيمكن القول إن العمال ما كانوا ليفكروا فى ارتكاب جريمتهم لولا الوظيفة ، ويكون الخطأ الذى صدر منهم قد وقع بسبب الوظيفة ، فتقوم مسئولية صاحب المصنع باعتباره مخدوماً لعمال .

(٢) جنائيات طنطا فى ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاملة ٥ رقم ٣٣ م ٣٤ . كذلك لا يكون المخدم مسئولاً إذا سرق خادمه متاعاً من المنزل الذى يقيم فيه بعيداً عن سيده ، أو سرق شيئاً من مطعم يتردد عليه ، =

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المصلحة لا تكون مسئولة عن الضرر الذى أصاب شخصاً من جراء حادث من حوادث الصيد وقع بخطأ من الحارس وهو يصطاد فى غير ساعات العمل^(١).

وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الذى يتدخل دون حق فى عملية تسليم البضائع ، فيوجه مباشرة أوامر للعمالين ، ويخالف بذلك اللوائح ، ليس له أن يرجع على إدارة الجمارك بالضرر الذى يحدته الجمالون وهم يتفنون أو امره^(٢). وهنا نرى أن التابع ، وهم الجمالون ، قد ارتكب الخطأ الأجنبى عن الوظيفة فى المكان وفى الزمان اللذين يؤدى فيهما الوظيفة . فليس من الضروري إذن ، حتى يكون الخطأ أجنبياً عن الوظيفة ، أن يكون منقطع الصلة بها فى الزمان أو فى المكان^(٣).

== أو بدد ودية أو تمن عليها بصفته الشخصية (مصطفى مرعى فى المسؤولية المدنية فترة ٢٣٠ من ٢٠٧) .

[وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٧٤ من القانون المدنى إذ نصت على مسئولية التابع عن الضرر الذى يحدته تابعه بسببه غير المشروع ، قد جعلت ذلك منوطاً بأن يكون هذا العمل واقعاً منه فى حالة تأدية وظيفته ، أو بسببها ، وإذن ففى كان المقيم التهم لم يكن عند ارتكابه جرعة القتل يؤدى عملاً من أعمال وظيفته ، ما دام كان قد تمخلى عن عمله الرسمى وغادر منطقة حراسته للطرق الزراعية خارج البلدة ، إلى مكان الحادث ، داخل البلدة ، إذ خف لآله عندما سمع بالمشاجرة للاعتداء على خصومة وقتل المجنى عليه ، وكان التهم لم يرتكب جرعته بسبب الوظيفة وإنما قتل المجنى عليه لنصرة فريقه ولشفاء ما يحمله من غل وحقد نحو خصومه واعتقاداً منهم — متى كان ذلك فإن وزارة الداخلية لا تكون مسئولة عن جرعة خفيها ما قامت وقتت خارج منطقة حراسته ولم تكن فى حالة تأدية وظيفته ولا بسببها .

قضى جنائى فى ٢٦/١/١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ٩٣ من ٢٩١] .

(١) استئناف مختلط فى ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ٢٥٧ ، وقد تكون « البندقية » التى كان الحارس يصطاد بها سلمت له بحسب عمله ، فتكون الوظيفة قد ساعدت على ارتكابه الخطأ ، وننقل بذلك من خطأ أجنبى عن الوظيفة إلى خطأ بمناسبة الوظيفة ، ولكن فى الحالين لا مسئولية على التابع .

(٢) استئناف مختلط فى ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ من ٢٣١ — وانظر أيضاً محكمة مصر التجارية المختلطة فى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٠ من ١٩٢ .

(٣) انظر فى هذا المدنى الأستاذ مصطفى مرعى فى المسؤولية المدنية فترة ٢٣٠ — وقد أورد مثل من يرسل خادمه ليشترى له شيئاً من السوق ، فيقتاجر الخادم فى الطريق مع آخر ويقتدى عليه ، فلا يكون ==

المطلب الثاني

الأساس الذى تقوم عليه مسئولية المتبوع

٦٨٧ - مسألتاه : متى تحققت مسئولية المتبوع بتوافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما - علاقة التبعية وخطأ فى تأدية الوظيفة أو بسببها - قامت هذه المسئولية على أساس ينبغى تحديده . وهى على كل حال لا تجب مسئولية التابع ، بل تقوم إلى جانبها .

فتكلم فى مسألتين : (١) تكييف مسئولية المتبوع . (٢) قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع .

١٤ - تكييف مسئولية المتبوع

٦٨٨ - آراء مختلفة : بعد أن بينا الشرطين الواجب توافرها حتى يقوم مسئولية المتبوع عن التابع ، بقى أن نكيف هذه المسئولية التكييف الذى يتلاءم مع هذين الشرطين .

وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن مسئولية المتبوع عن التابع تقوم على خطأ

المخدوم مسئولاً . وأورد أيضاً مثل الموظف يستقبل فى مكتبه وفى وقت عمله دائماً له ، وتقوم مشادة بين الاثنين بسبب الدين ، فيعتدى الموظف على الفائت بالضرب ، فلا يكون المخدوم مسئولاً .

[وقد قضت محكمة النقض بأن من المقرر أنه يخرج عن نطاق مسئولية المتبوع ما يرتكبه التابع من خطأ لم يكن بينه وبين ما يؤدى من أعمال الوظيفة ارتباط مباشر ولم تكن هى ضرورة فيما وقع من خطأ ولا داعية إليه - فإذا كان دخل عامل صيدلية منزل الجنى عليه الذى يشتغل صيدلياً بها بعد منتصف الليل بحجة إسمافه من مفس مفاجئ - ثم قتله ، فإنه لا يسوغ مساءلة صاحب الصيدلية بصفته مسئولاً عن أعمال تابعه العامل بالصيدلة المتهم إذ الأخير لم يكن وقت ارتكابه الجريمة يؤدى عملاً من أعمال وظيفته وإنما وقت الجريمة منه خارج زمان الوظيفة ومكانها وظلتها وبشر أدواتها ومن ثم فلا تلتحقها مسئولية المتبوع :

قضى جئاً فى ١٣/١٢/١٩٦٠ بمجموعة أحكام النقض السنة ١١ رقم ١٧٥ س ٨٩٧] .

مفترض (faute présumée) في جانب المتبوع . وأخذ بهذا الرأي كثير من أحكام القضاء . ولكن الرأي أصبح منتقداً ، وكاد يصبح رأياً مرجوحاً . وقام إلى جانبه آراء أخرى مختلفة . فهناك من يقول بأن مسؤولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعة (idée de risque) وآخرون يقولون بل تقوم على فكرة الضمان (idée de garantie) . وذهب بعض إلى أنها تقوم إما على فكرة النيابة (idée de représentation) ، وإما على فكرة الحلول (idée de substitution) .

والتأمل في هذه الآراء الخمسة يستطیع أن يردّها إلى أصليّن . فإما أن تكون مسؤولية المتبوع عن التابع مسؤولية ذاتية (responsabilité personnelle) ، أو هي مسؤولية عن الغير (responsabilité pour autrui) .

فإذا قدرنا أنها مسؤولية ذاتية رددناها إلى اعتبار في شخص المتبوع : خطأ في جانبه وهذا هو الخطأ المفترض ، أو نفع يجنّه لنفسه وهذا هو تحمل التبعة .

وإذا قدرنا أنها مسؤولية عن الغير رددناها إلى اعتبار في العلاقة ما بين المتبوع والتابع : فإما أن نعتبر للمتبوع كفيلاً للتابع وهذا هو الضمان ، وإما أن نعتبر التابع نائباً عن المتبوع وهذه هي النيابة ، وإما أن نعتبر شخصية التابع امتداداً لشخصية المتبوع وهذا هو الحلول .

والصحيح في نظرنا أن مسؤولية المتبوع عن التابع ليست مسؤولية ذاتية ، بل هي مسؤولية عن الغير ^(١) . ولعلها هي للمسئولية الوحيدة عن الغير فيما قرره القانون من

(١) وقد كنّا نأخذ برأى آخر في الموجز (فقرة ٣٥٣) فكنا نقول بأن مسؤولية المتبوع عن تابعه مبنية على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت أن الموظف قد ارتكب الخطأ الموجب لمسئوليته حال تاديبه عمله واعتداده على سلطة وظفته ولم يقع خطأ شخصي من جانب الحكومة عند مقارفة الموظف لهذا الخطأ الذي أقيم عليه الحكم بالتعويض المدني ، فتكون مسؤولية الحكومة بهذا الوصف هي مسؤولية المتبوع عن تابعه =

مسئوليات مختلفة . فإن مسئولية متولى الرقابة مسئولية ذاتية كما رأينا^(١) . وسنرى أن المسئولية عن الحيوان وعن البناء وعن الأشياء هي أيضاً مسئولية ذاتية تقوم على خطأ في جانب اللئول نفسه . فلا يبقى إلا مسئولية المتبوع عن التابع ، وهذه هي المسئولية عن الغير .

ومتى قررنا أن مسئولية المتبوع عن التابع هي مسئولية عن الغير ، يستوى عندنا بعد ذلك أن تقوم على فكرة الضمان أو على فكرة النيابة أو على فكرة الحلول ، فكلها تؤدي إلى نتيجة رئيسية واحدة ، وإن اختلفت في بعض التفاصيل .

ونستعرض الآن ، بعد هذا التمهيد ، الآراء الخمسة التي سبقت الإشارة إليها : الخطأ المفترض وتحمل التبعة والضمان والنيابة والحلول .

٦٨٩ — الخطأ المفترض : هذا الرأي هو أقدم الآراء الخمسة ، وكان هو الرأي التقليدي السائد إلى عهد قريب . ويتلخص في أن المتبوع يقوم في جانبه خطأ مفترض : خطأ في الرقابة أو خطأ في التوجيه أو خطأ في الاختيار ، أو خطأ فيها جميعاً . وهذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . فالتابع إذا ارتكب خطأ كان للمتبوع مسئولاً عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائماً في جانب المتبوع ، فإما أن يكون للمتبوع قد قصر في اختيار تابعه ، أو قصر في الرقابة عليه ، أو قصر في توجيهه . وهذا التقصير نفترضه افتراضاً ، ولا يقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر .

== فهي ليست مسئولية ذاتية عن خطأ شخصي وقع منها وإنما تقوم مسئوليتها على أساس الخطأ الحاصل من الغير وهو الموظف التابع لها وبذلك تكون متضامنة مع تابعها ومسئولة قبل الضرور عن أفعاله غير المشروعة وفقاً للمادة ١٥٢ من القانون المدني القديم وليست مسئولة معه بصفتها مدنية :

قض مدني في ١٦/١٢/١٥٤ بمجموعة أحكام التقض السنة ٦ رقم ٣٥ س ٢٧٠] .

(١) انظر آخراً فقرة ٦٧١ في الهامش .

وقد قال بهذا الرأي ، كما قدمنا ، كثير من الفقهاء والمحكم في مصر وفي فرنسا^(١) .

(١) وقد كنا ، كما سبق القول ، ممن يقول بهذا الرأي ، وقد جاء في الموجز (فقرة ٣٥٣) في هذا الصدد ما يأتي : « مسئولية المتبوع عن تابه ، في الحدود التي ينهاها ، مبنية على خطأ في « التوجيه والرقابة » وهو خطأ مفروض في جانب المتبوع لا يكلف للدعي إثباته . وليس على هذا إلا أن يثبت خطأ التابع ، فيفرض أن المتبوع قد قصر في توجيه تابه أو في رقبته حتى وقع منه هذا الخطأ . والخطأ المفروض في جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس ، فلا يجوز للمتبوع أن يتخلى من المسؤولية بإثبات أنه قد اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لتوجيه تابه والرقابة على أعماله ، كما يستطيع ذلك من يتولى رعاية شخص آخر فيما قدمناه » .
أظهر أيضاً حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٥٠٩ (وهو ينتهي بأن هذه المسؤولية لا يمكن ردّها إلى أساس من النطق مستقيم ، ولا مناس من التسليم بها كما أرادها القانونون والنساء) . وانظر كذلك مصطلح مرعي في المسؤولية المدنية ٢٣٢ .

وقد صدرت من محكمة النقض أحكام كثيرة في معنى الخطأ المفترض . من ذلك ما قضت به هذه المحكمة من أن « ضامن السيد يقوم قانوناً على مظنة خطئه في اختياره خادمه وفي مراقبته لإياه ، بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة . وهي مظنة قانونية تنفي المضرورة من لإثبات خطأ من المخدم في اختيار الخادم أو في مراقبته . ولا يعني السيد من الضامن إلا إذا أثبت أن الحادث الضار قد نجا عن قوة قاهرة لا شأن فيها لخادمه أو عن خطأ المجني عليه نفسه » (قطن جنائي في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ — وبلاحظ أن المحكمة هنا قد أعفت للمتبوع من المسؤولية عندما ينفي هذه المسؤولية لا عن نفسه هو بل عن تابه ، فتنتفي المسؤولية عن المتبوع لا ابتداء بل تبعاً لانتفاءها عن التابع — انظر أيضاً قطن جنائي في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٣ رقم ١ ص ١) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أن « هذه المسؤولية (مسئولية للمتبوع) مفترضة افتراضاً قانونياً » (قطن مدني في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٨ ص ٨) ، وما قضت به من « أن أساس مسؤولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض في جانب المتبوع من الخطأ والتقصير في اختيار التابع أو في رقبته » (قطن جنائي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المجلد ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) ، وما قضت به من أن المتبوع يجب أن أن يسأل « على أساس إساءة الخدم استعمال شؤون الخدمة التي عهد هو بها إليهم ، متكفلاً بما افترضه القانون في حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم في كل ما تعلق بها » (قطن جنائي في ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المجلد ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ — وانظر أيضاً في هذا المعنى : قطن جنائي في ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المجلد ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢) ، وما قضت به من « أن مسؤولية السيد أساسها خطأه بسوء اختيار من عهد إليهم بمهمته وتقصيره في مراقبتهم ، وهذه (للمسئولية) ليست إلا تطبيقاً خاصاً لقواعد المسؤولية الشخصية ، إلا أن الشارع قد أراد أن يجعل من خطأ الخادم قرينة قاطعة . على خطأ سيده ، فلم يفته عموم نص المادة ١٥١ (القديمة) » (قطن مدني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠) .

وجاء في الأعمال التحضيرية لثقتين اللذين الجديد ما يفيد أن مسؤولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض . ومن ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من أن « للمشروع جعل من الخطأ المفترض أساساً لهذه المسؤولية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . ومن ذلك ما وقع في لجنة المراجعة من أن أحد أعضاء هذه اللجنة أثار مسؤولية المتبوع إذا كان غير مميز « فأجيب بأنه ما دامت المسؤولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ في جانب غير المميز » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٥) . =

والذي يؤخذ على هذا الرأي أنه يؤدي إلى نتيجتين لا يصح التسليم بهما . وهما :
(أولاً) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض اقترافاً غير قابل لإثبات العكس ، لأمكن للمتبوع في القليل أن يتخلص من هذه المسئولية إذا هو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بواجبه في الاختيار والرقابة والتوجيه بما ينبغي من العناية ، أى إذا نفي علاقة السببية بين الضرر الذي وقع والخطأ المفترض في جانبه^(١) . وهذا

= ومن ذلك ما انتهى إليه رأى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أن « خطأ الخادم مفروض فيه أنه يرجع لسوء اختياره من قبل السيد ، فالخطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، وهذا هو ما أجمع عليه القضاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٩ — انظر أيضاً ص ٤١٨) . ولا ظن أن الأعمال التحضيرية ، على صراحتها في أن مسئولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض ، تنيد الفقه في اجتهاده ، إذا هو ذهب إلى أساس آخر لهذه المسئولية في ظل التقنين الجديد .

[على أن عكسة النقض قد قضت بأن القانون المدنى إذ نص في المادة ١٧٤ على أن « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفة أو بسببها » قد أقام هذه المسئولية على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل لإثبات العكس ، مرجحه إلى سوء اختياره لتابعه وتقصيره في رقبته ، والقانون إذ حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكون العمل غير المشروع واقعاً من التابع « حال تأدية الوظيفة أو بسببها » لم يقصد أن تكون المسئولية مقصورة على خطأ التابع وهو يؤدي عملاً داخلًا في طبيعة وظيفته وعيارس شأناً من شئونها ، أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ وأن تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضاً كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استفل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله الضار غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكب التابع فعله لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى ، وسواء كان الباعث الذى دفعه إليه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها ، إذ تقوم مسئولية المتبوع في هذه الأحوال على أساس استغلال التابع لوظيفته ولإساءته استعمال الشئون التى عهد المتبوع إليه بها متفكلاً بما افترضه القانون في حقه من ضمان سوء اختياره لتابعه وتقصيره في مراقبته وهذا النظر الذى استقر عليه قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدنى القديم قد اعترفه الشارع ولم ير أن يحيد عنه كما دلت عليه الأعمال التحضيرية لتقنين المادة رقم ١٧٤ من القانون المدنى (قضى جنائى في ١٩٥٥/٦/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٣١٦ في ١٠٧٥ وقضى جنائى في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ١٥٧ ص ٩٥٤) .]

ومن الفقهاء القرنين الذين يقولون بالخطأ المفترض بودرى وبارود ٢٩١١ - ديولومب ٨
فقرة ٦١٠ - لوران ٢٠ فقرة ٥٧٠ وما بعدها - بيدان فقرة ١٢١١ . ومن ذلك ترى أن الخطأ المفترض هو الرأى التقليدى في فرنسا في هذه المسألة . وانظر في الأحكام الفرنسية التى أخذت بهذا الرأى
مازور ١ فقرة ٩٣١ في الماشرح .

(١) وقد رأينا أن متولى الرقابة يستطيع التخلص من المسئولية على هذا الوجه ، كما يستطيع التخلص بإثبات أنه قام بواجب الرقابة (انظر أيضاً فقرة ٦٧٣) ، لأن افتراض الخطأ في جانبه قابل لإثبات العكس ، فيستطيع =

مالا يستطيعه بإجماع الفقه والقضاء . نعم هو يستطيع نفي علاقة السببية ما بين الضرر الذى وقع وخطأ التابع لا خطئه هو ، فيتخلص من المسؤولية ، ولكن لا عن طريق أنه غير مسئول عن تابعه ، بل عن طريق أن التابع نفسه غير مسئول ، ومسئولية المتبوع لا تقوم كاقدمنا إلا تبعاً لمسئولية التابع^(١) . ولكنه لا يستطيع التخلص من المسؤولية بإثبات أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر^(٢) . ولو أنه أثبت ذلك ، ففنى علاقة السببية بين الضرر وخطئه المزعوم ، لبقى مع ذلك مسئولاً عن تابعه . وفى هذا دليل قاطع على أن مسؤولية المتبوع لا تقوم على خطأ مفترض ، بل لا تقوم على خطأ أصلاً ، إذ أن المسؤولية التى تقوم على خطأ ، حتى لو كان هذا الخطأ مفترضاً وحتى لو كان الافتراض غير قابل لإثبات العكس ، ترتفع بنفى علاقة السببية . وقد رأينا هنا أن مسؤولية المتبوع لا ترتفع بنفى هذه العلاقة^(٣) .

== نفي المسؤولية بإثبات العكس كما يستطيع فيها بنفى علاقة السببية . وهذا هو أيضاً شأن المتبوع فى التقنين المدنى العراقى ، فقد نس هذا التقنين (م ٢١٩ / ٢) على ما يأتى : « يستطيع المخدم أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغى من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية » . فيستطيع المخدم إذن فى التقنين العراقى دفع المسؤولية إما بنفى الخطأ وإما بنفى علاقة السببية .

(١) انظر فى هذا المعنى : تقضى جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم وإلى هذه الملاحظة .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يتضمن نصاً بهذا المعنى (الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع) وقد حذفته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وإن كانت قد ذكرت فى تقريرها سبباً لهذا الحذف أن حكم الفقرة المحذوفة « يفرض على جمل قرينة المسؤولية من قبيل القرائن البسيطة فى هذه الحالة ، ولا على الممول عما قرره القانون الحالى (القديم) من جمل هذه القرينة طالما لا تسقط بإثبات العكس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٠) — وفى هذا خطأ واضح بين نفي الخطأ ونفي علاقة السببية .

(٣) على أن هناك من التقنيات الحديثة ما يقيم مسؤولية المتبوع على خطأ مفترض ، بل يقتشد فى هذا الافتراض إلى حد أن يجعله غير قابل لإثبات العكس ، فيجيز للمتبوع نفي الخطأ (انظر فى هذا المعنى التقنين الألمانى م ٨٣١ وتقنين الالتزامات السويسرى م ٥٥ والتقنين الصينى م ١٨٨ . ويصل التقنين النمساوى م ١٣٨٥ إلى حد أن يجعل المصور مطالباً بإثبات الخطأ فى جانب المتبوع) . ويمكن القول إن التقنيات الجرمانية أكثر تساهلاً فى مسؤولية المتبوع من التقنيات اللاتينية ، فهذه لا تجيز للمتبوع حتى أن ينفي علاقة السببية ==

(ثانياً) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض لسقطت مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز. فقد رأينا أن غير المميز لا يتصور ارتكابه للخطأ، فكيف يتصور افتراض الخطأ جانبه! وفي الحالات النادرة التي يكون فيها غير المميز مسئولاً، تكون مسئوليته قائمة لا على الخطأ، بل على تحمل التبعة كما رأينا. فإذا عرفنا أن المتبوع حتى لو كان غير مميز يكون مسئولاً عن تابعه، أدركنا أن مسئولية المتبوع لا يمكن أن تكون مبنية على الخطأ. وقد رأينا فيما قدمناه^(١) أن المتبوع قد يكون صغيراً أو غير مميز، فينوب عنه نائبه، من ولى أو وصى أو قيم، في القيام بالرقابة على التابع وفي توجيهه وهذا ما قضت به محكمة النقض في مصر في حكمين معروفين^(٢). وفي ذلك دليل آخر على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على الخطأ.

(= انظر التقنين الفرنسى ١٣٨٤م فقرة ثالثة — المصروع الفرنسى الإطالى م ٧٩ — التقنين المصرى القديم م ٢١٤/١٥٢ — التقنين المصرى الجديد م ١٧٤ — تقنين كوبيك م ١٠٥٤ فقرة ٧ — وعلى هذا التهج سار التقنين البولوى م ١٤٤).
(١) أنظر آتاه فقرة ٦٧٩ فى آخرها .

(٢) قضت محكمة النقض بأن القاصر يسأل في ماله عن خطأ خادمه عملاً بالمادة ١٥٢ مدنى (قديم)، ولا يحمل عنه وصيه هذه المسئولية (نقض مدنى في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ٢ رقم ٥ س ٨). وقضت أيضاً بأن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم)، إذ نصت بصيغة مطلقة على أنه «يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ لغير عن أفعال خدمه متى كان واقعاً منهم في حال تأدية وظائفهم»، فقد أضافت أنه لا يقتضى ثبوت أى تعصير أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض، بل يكفي لتطبيقها أن يكون الخطأ الناتج للضرر قد وقع من التابع أثناء تأدية وظيفته لدى المتبوع. وإذن فيصح بناء على هذه المادة مساءلة القاصر عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن أفعال خدمه الذين عينهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه. ولا يرد على ذلك بأن القاصر بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يتصور أى خطأ في حقه، إذ المسئولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للدراك والتمييز حساب، ولأنما هي عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله في خدمته (نقض جنائى في ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٣ رقم ٩٥ من ٢١٢).
[وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المتبوع مدنياً عن تابعه تتحقق إذا ارتكب التابع خطأ أضرب بالتبعية حال تأدية وظيفته أو بسببها ولو كان المتبوع غير مميز أو لم يكن حراً في اختيار تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابة تابعه وتوجيهه عملاً في شخص وليه أو وصيه. وإذن فيصح في القانون بناء على ذلك مساءلة القاصر عن تعويض الضرر عما وقع من سائق سيارتهم أثناء تأدية وظيفته ولو كان من اختاره هو مورثهم قبل وفاته: نقض جنائى في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض السنة ٤ رقم ١٩٦ من ٥٣٤].

٦٩٠ — تحمل التبعة: قال بهذا الرأي الفقهاء الذين يحملون مسئولية المتبوع مسئولية ذاتية ، دون أن يقيموها على الخطأ^(١) . فإدام المتبوع مسئولاً مسئولية ذاتية ، وما دام لا يفترض خطأ في جانبه ، فلا يبقى إلا أن يقال إن المتبوع ينتفع بنشاط تابعه ، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط ، والفرم بالفرم .

وهذا الرأي فيه مزيتان يجنب بهما المييين الذين لاحظناهما على الرأي الذى يقول بالخطأ المفترض . فهو أولاً لا يميز للمتبوع أن يتخلص من المسئولية حتى لو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، إذ المسئولية المبنية على تحمل التبعة لا ترتفع بهذه الاستحالة ، بل يبقى المتبوع مسئولاً لأنه يتحمل تبعة نشاط تابعه بعد أن انتفع بهذا النشاط . وهو ثانياً يحمل المتبوع مسئولاً حتى لو كان غير مميز ، فغير المميز إذا لم يجر قيام مسئوليته على الخطأ جاز قيامها على تحمل التبعة .

ولكن هذا الرأي يؤخذ عليه هو أيضاً أنه يؤدي إلى نتيجتين لا يصح التسليم بهما . وهما :

(أولاً) لو صح أن مسئولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، فقيم إذن اشتراط وقوع خطأ من التابع ؟ أليس المتبوع يتحمل تبعة نشاط تابعه ، لا تبعة خطئه ! فكل نشاط من التابع يصيب الغير بالضرر ، سواء انطوى هذا النشاط على خطأ أو كان مجرداً من أى خطأ ،

== أما ما ورد في الأعمال التحضيرية ، وسبقت الإشارة إليه ، من أنه عندما أثبت مسألة مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز في لجنة المراجعة ، « فأجيب بأنه ما دامت المسئولية مبنية على خطأ مفترض فلا يصح افتراض الخطأ في جانب غير المميز » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٥) ، فلا يعتبر تفسيراً صحيحاً لأحكام التقنين المدنى الجديد في هذه المسألة .

(١) جوسران ٢ فقرة ٥١٣ — ديموج ٤ فقرة ٨٨٢ — سافاتيه ١ فقرة ٢٨٤ و١٠ بعدها — دالان (Dallant) في تعليقه في دالوز ١٩٣٩ — ١ — ١٧١ — بلانيل في المجلة الاقتصادية سنة ١٩٠٩ وانظر أيضاً محكمة الاستئناف المختطلة في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ .

كان ينبغي أن يحقق مسؤولية المتبوع تطبيقاً لبدأ تحمل التبعة ، ما دامت هذه المسؤولية تقوم على هذا المبدأ . بل إن نشاط التابع الذى لا يبطىء على خطأ هو النشاط المألوف الذى ينتفع به المتبوع ، فهو أولى بالتحمل . ونحن قد رأينا أن الأمر على النقيض من ذلك ، وأن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا إذا وقع خطأ من التابع .

(ثانياً) ولو صح أن مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، وتحققت هذه المسؤولية فوفى المتبوع المضرور ما يستحق من التعويض ، لما جاز للمتبوع أن يرجع على التابع ، فالمتبوع إنما يتحمل تبعة نشاط يفيد منه ، فيكون قد أخذ مقابلاً لما أعطى ، فقيم إذن رجوعه على التابع ؟ ولكننا سنرى ، على النقيض من ذلك ، أن رجوع المتبوع على التابع أمر قد انتقد عليه إجماع الفقه والقضاء .

ونرى من ذلك أن مبدأ تحمل التبعة لا يستقيم مع أحكام مسؤولية المتبوع ، بما تقتضيه هذه المسؤولية من خطأ يقع من التابع ، وبما ترتبه في العلاقة ما بين المتبوع والتابع من حق الرجوع .

والحق أن مسؤولية المتبوع ليست مسؤولية ذاتية كما سبق القول ، فهي لا تقوم على خطأ يفترض في جانب المتبوع ، ولا تستند إلى تبعة يجب عليه أن يتحملها . وإنما هي مسؤولية عن الغير ، المتبوع فيها لا خطأ في جانبه ، ولكنه يتحمل جريمة تابعة لا تبعة نشاطه . وننتقل الآن إلى الآراء التى تتوخى هذا النظر .

٦٩١ — مسؤولية عن الغير — الضمان والنبابة والاول : فالمتبوع إذن مسئول عن التابع مسؤولية الشخص عن غيره . ويبقى أن نحدد على أى أساس تقوم هذه المسؤولية .

يقيمها بعض الفقهاء على أساس الضمان^(١) . فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكب من

(١) انظر في هذا المعنى ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فترة ١٢٦ — يسون في تعليقه =

خطأ يصيب الغير بالضرر ، ما دام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه على التابع ، وما دام الخطأ الذى ارتكبه التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة أو بسببها . فهذه الحدود التى ترسم نطاق مسئولية المتبوع هى التى تفسر فكرة الضمان وتبررها . والمتبوع كفيل التابع دون أن يكون له حق التجريد ، فيجوز للمضروب أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع . والكفالة هنا مصدرها نص القانون لا الاتفاق .

ويقسمها فريق ثان على أساس النيابة^(١) . فالتابع نائب عن المتبوع . والنيابة قانونية . وهنا نرى التوسع فى فكرة النيابة الذى أشرنا إليه من قبل . فكما يلزم النائب الأصيل بما يقوم به من التصرفات القانونية فى حدود نيابته ، كذلك يلزم التابع المتبوع بما يقوم به من أعمال مادية - أى ما يرتكبه من خطأ - فى حدود تبعيته . فالحدود التى ترسم نطاق مسئولية المتبوع تفسر هنا أيضاً فكرة النيابة وتبررها ، بشرط أن تتسع هذه الفكرة لتتناول التصرفات القانونية والأعمال المادية فى وقت معاً .

ويقسمها فريق ثالث على أساس الحلول^(٢) . فالتابع قد حل محل المتبوع ، وأصبح الشخصان شخصاً واحداً ، فإذا ارتكب التابع خطأ فى الحدود المعروفة ، فكأنما للمتبوع هو الذى ارتكب هذا الخطأ ، أو قل إن التابع هو امتداد لشخصية المتبوع ، فما يقترب التابع من خطأ يكون المتبوع هو الذى اقترفه^(٣) . ولا بد أن يضاف إلى هذا الرأى أن التابع يحل

== فى دالووز ١٩٢٨ - ٢ - ١٣ - شوفو فقرة ٢٣ - الدكتور حلى بهجت بدوى فى مسئولية المتبوع عن فعل تابعه ، رسالة باللغة الفرنسية سنة ١٩٢٩ م ٤٨ وما بعدها .

(١) انظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ م ٨٥ - محكمة النقض الفرنسية فى ١١ مايو سنة ١٨٤٦ دالووز ١٨٤٦ - ١ - ١٩٢ -

(٢) انظر فى هذا المعنى مازو ١٠ فقرة ٩٣٥ - فقرة ٩٣٩ - تيسير (Teissiere) رسالة من ١٢ مارس سنة ١٩٠١ م ٢٥٦ - كولان وكايتان وحى لامورانديير ٢ فقرة ٣٥٠ - بلانول وريبير ٢ فقرة ١١٢٥ - الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الصادر من ١١٥ (ويرى أن أساس مسئولية المتبوع إذا كان خطأ التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة هو الخطأ المقتضى ، وإذا كان الخطأ قد وقع بمجاوزاً لحدود الوظيفة كان الأساس إما فكرة الحلول أو فكرة الضمان أو فكرة تحمل التبعة) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأن المتبوع يكون مسؤولاً قانوناً عن خطأ تابعه ==

عمل المتبوع في التمييز أيضاً ، فلو ارتكب خطأ وهو مميز وكان المتبوع غير مميز ، انتقل تمييز التابع إلى المتبوع عن طريق الحلول ، فأصبح هذا مسئولاً كذلك .

واعتبار مسئولية المتبوع مسئولية عن الغير — على أى وجه فسرت هذه المسئولية وبخاصة إذا فسرت بفكرة الضمان^(١) — يحمل المتبوع مسئولاً عن تابعه ، ولا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، فالتزامة التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية . وهذا الاعتبار يميز أيضاً استبقاء مسئولية المتبوع حتى لو كان غير مميز ، فمسئوليته عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز ، بل مصدرها القانون سواء كانت ضماناً أو نيابة أو حلاً^(٢) .

== ولو لم يرتكب هو أى خطأ شخصي ، فإن خطأ التابع يعتبر كأنه خطأ المتبوع (استئناف مخطوط في ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ س ٩٥) .

وقضت محكمة النقض في حكم لها بأن أساس مسئولية المتبوع هو فكرة الحلول ، فقالت إن « المادة المذكورة (١٥٢ مدني قديم) إذ جعلت المسئولية تمتد إلى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التي تقتضها ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) ، أن التقى يلزم بالتبويض هو عمدت الضرر . وهذا الاستثناء — على كثرة ما قيل في صدد تبويضه — أساسه أن شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً » . (نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ س ٤٣٦) .

(١) [وفكرة الضمان هذه هي التي أخذت بها محكمة النقض ، إذ قضت بأنه متى كان المحكم الجنائي قد قضى بإلزام الموظفين المقترنين للجريمة متضامين بالتبويض المدني ، كما قضى بإلزام الحكومة بهذا التبويض بطريق التضامن مع هؤلاء الموظفين على اعتبار أنها مسئولة عنهم مسئولية المتبوع عن تابعه وليست مسئولة معهم عن خطأ شخصي وقع منها ساهم في ارتكاب هذه الجريمة ، فإنها بهذا الوصف تعتبر في حكم التكليف التضامني كقالة ليس مصدرها القصد ، وإنما مصدرها القانون . فإذا دفت التبويض المحكوم به على موظفها باعتبارهم مسئولين عن إحداث الضرر الذى كان أساساً لتبويض تنفيذاً للحكم الجنائي الصادر في الدعوى المدنية ، فإن لها بهذا الوصف أن تحمل عمل الدائن المحكوم له بالتبويض في حقوقه ، ويكون لها الحق في الرجوع على أى من الدينين المتضامين بجميع ما أدته (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٥ س ٧٧)] .

(٢) [انظر في أن مسئولية المتبوع عن التابع لا تقوم على قرينة قانونية قاطعة بالخطأ ، بل هي قائمة على قاعدة موضوعية ، وفي أن القواعد الموضوعية تكيف خطأ بأنها قرائن قانونية : ديكوتيفيس في القرائن في القانون الخامس س ٤٥ — ٤٦ — الوسيط ٢ فقرة ٣٣٧ — عبد النعم فرج الصلدة في مصادر الالتزام فقرة ٥٠٠ وفي الإلزام فقرة ٢٣١ — حسين عامر في المسئولية المدنية فقرة ٦٤٥] .

وبذلك تتجنب المييين الذين كانا السبب في نبذ فكرة الخطأ المفترض .

٦٩٢ — اقتصار على الموقفة فيما بين المتبوع والمضروب : ومزية أخرى لتكليف مسئولية المتبوع على أنها مسئولية عن الغير ، هي أن هذا التكليف يفسر وجوب الاقتصار على العلاقة فيما بين المتبوع والمضروب . فالمتبوع مسئول عن تابعه إزاء المضروب . وفي حدود هذه العلاقة دون غيرها — علاقة المتبوع بالمضروب — يقوم هذا التكليف .

فلا يقوم في العلاقة ما بين المتبوع والتابع . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للتابع أن يحتج بفكرة الضمان مثلاً على المتبوع عند رجوع هذا عليه كاسرى . ولكن ليس هناك ما يمنع المضروب ، وقد وقع عليه ضرر من خطأ التابع ، من أن يكون هو ذاته تابعا لنفس المتبوع . فإذا اعتدى موظف وهو يؤدي وظيفته على موظف آخر ، كانت الحكومة مسئولة عن الموظف الأول إزاء الموظف الآخر ، ولو أن الموظفين تابعا لها جميعاً . وهذا ما يدعى في القانون الإنجليزي باسم الخدمة المشتركة (common employment) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٦٩٣ — اجتماع مسؤولية المتبوع مع مسؤولية من نوع آخر : وقد يكون للمتبوع مسئولاً كمتبوع ومسئولاً على وجه آخر في وقت واحد . فصاحب السيارة إذا استخدم سائقاً ارتكب خطأ أصاب الغير بالضرر ، أمكن اعتباره مسئولاً كمتبوع وتابعه هو السائق . وأمكن كذلك اعتباره حارس السيارة إذا لم تكن الحراسة للسائق ، فيكون مسئولاً بمقتضى هذه الحراسة مسئولية مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . والمضروب وشأنه في اختيار أحد الاعتبارين والرجوع على صاحب السيارة بمقتضاها . وقد يختار اعتبار صاحب السيارة حارساً لا متبوعاً ، حتى يعفى نفسه من إثبات الخطأ في جانب السائق .

٢٨ — قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع

٦٩٤ — فيما بين المتبوع والمضروب : رأينا أن مسئولية المتبوع إنما تستند إلى مسئولية التابع استناد التبع إلى الأصل^(١) . فمسئولية التابع — وقد ثبت في جانبه الخطأ والضرر وعلاقة السببية أى أركان المسئولية جميعاً — تقوم إذن إلى جانب مسئولية المتبوع ، بل هي الأصل كما قدمنا .

وينبني على ذلك أن المضروب يكون بالخيار ، إما أن يرجع على التابع ، وإما أن يرجع على المتبوع ، وإما أن يرجع عليهما معاً ، والاثنان متضامنان أمامه . وقد يكون للتابع شريك في الخطأ ، فيصح للمضروب أن يرجع على المتبوع والتابع وشريكه جميعاً متضامنين . بل يصح له في هذه الحالة أن يرجع على المتبوع وحده بكل التعويض ، ثم يرجع المتبوع بعد ذلك على التابع وشريكه . ويجوز للمضروب أيضاً أن يرجع على المتبوع والتابع ، أو على المتبوع وشريك التابع ، أو على التابع وشريكه . فهو حر في أن يختار من يرفع الدعوى عليه من المسئولين الثلاثة ، واحداً أو أكثر ، ويطالب المدعى عليه بكل التعويض لأن الثلاثة متضامنون^(٢) .

٦٩٥ — فيما بين المتبوع والتابع : فإذا رجع المضروب على التابع دون المتبوع وقف

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت دعوى التعويض مؤسسة على المسئولية عن الضرر الذي نشأ عن خطأ التابع ، خشكت المحكمة براءة التابع وقضت بالتعويض على المتبوع تأسيساً على خطئه هو ، فإنها تكون قد خالفت القانون ، إذ لم تلزم الأساس القى أقيمت عليه الدعوى ، وكان يصح على المحكمة مع ثبوت عدم وقوع خطأ التابع أن ترفض الدعوى المدنية الموجهة إلى الطامع باعتباره مسئولاً عن الحقوق المدنية بالتضامن مع تاجه : قاضى جنائى فى ٧ من يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ١٤٥ س ٣٨٤] .

(٢) وقد قضت محكمة استئنافية السككية الوطنية بأنه إذا وقعت جريمة من خادماً باشتراكه مع آخر ، كان الخادوم مسئولاً أمام المحنى عليه عن كامل التعويض المستحق عن الجريمة ، سواء رفعت الدعوى عليه بمفرده أو رفعت عليه مع خادمه أو عليه مع شريك خادمه أو عليهم جميعاً بالتضامن (استئنافية السككية الوطنية فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المجلدات ١٣ رقم ٤٤٣ س ٩٠٣) .

الأمر عند هذا . أما إذا رجع على المتبوع دون التابع ، فلمتبوع أن يرجع بما دفع على تابعه لأنه مسئول عنه لا مسئول معه . وهذا ما تنص عليه المادة ١٧٥ من التقنين المدني الجديد إذ تقول : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر »^(١) . وقد سبق ذكر هذا النص عند الكلام في مسؤولية متولى الرقابة ، وبيننا هناك أن المسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع^(٢) ، وأن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض ، أما متولى الرقابة فيرجع على المميز دون عديم التمييز ، وأن هذه هي حدود مسؤولية الغير عن تعويض الضرر التي أشار إليها النص . على أن المتبوع قد لا يرجع على التابع إلا بيمض ما دفع من التعويض ، ويتحقق ذلك إذا اشترك مع التابع في الخطأ ، فيقسم التعويض بينهما في علاقة أحدهما بالآخر وفقاً للقواعد التي قررناها عند تعدد المسئولين . وهذه هي حدود أخرى لمسؤولية الغير عن تعويض الضرر ، وهي حدود تتعلق بمسؤولية التابع نحو المتبوع ، وتضاف إلى الحدود التي تقدم ذكرها متعلقة بمسؤولية عديم التمييز نحو متولى الرقابة . ولا بد ، في العلاقة ما بين المتبوع والتابع ، أن يثبت التابع أن المتبوع اشترك معه في الخطأ ، كأن يكون قد أمره بارتكابه أو ساهم معه فيه ، ولا يستطيع التابع أن يحتج على المتبوع بالمسؤولية المفترضة ، فإن هذه لا يحتج بها على المتبوع إلا المضرورة كما سبق القول^(٣) .

(١) انظر تاريخ النص آتياً (فقرة ٦٧٤ في الهامش) .

(٢) وقد سبق أن أشرنا إلى أن مسؤولية المتبوع هي وحدها التي تتمتع مسؤولية عن الغير ، أما مسؤولية متولى الرقابة فهي مسؤولية ذاتية تنتهي إلى أن تكون مسؤولية عن الغير . فهي إذن ابتداء مسؤولية ذاتية ، وانتهاء مسؤولية عن الغير . أما مسؤولية المتبوع فمسؤولية عن الغير ابتداء وانتهاء .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القانون يعتبر المخدم مسئولاً عن الفعل الضار الذي يقع من خادمه أثناء خدمته ، وهذا الاعتبار مبني على مجرد افتراض قانوني في حق المخدم لا يتحقق إلا بالنسبة لمن وقع عليه الضرر ، ولا يمكن أن يستفيد منه المخدم إلا إذا أقام الدليل على وقوع خطأ من جانب مخدمه أيضاً . فإذا كان المخدم لم يقع منه أى خطأ ، فإنه يحق له أن يطلب تحميل خادمه هو والمتميزين معه ما أُلزم بدفعه للدعي بالمحقوق المدنية تنفيذاً للحكم الصادر بالتضامن معهم لأن هذا التضامن لم يقرره القانون إلا لصاحبه من وقع عليه الضرر . وأن تقدير حصة كل من اشتركوا في إحداث الضرر يجب بحسب الأمل أن يكون التناط فيه مبلغ جسيمة الخطأ الذي ساهم به فيها أصاب المضرورة من الضرر إذا كانت وثائق =

ويقع كما قدمنا أن يرجع الضرور على المتبوع دون التابع ، لأن الأول يكون عادة هو الملى ، ففي هذه الحالة يجوز للمتبوع أن يدخل التابع ضمناً في الدعوى ليحكم عليه بما عسى أن يحكم به على المتبوع . بل يجوز للمتبوع ، والدعوى مرفوعة من الضرور عليه هو والتابع معاً ، أن يرفع على التابع دعوى ضمان فرعية ليحكم له على التابع بما يحكم عليه للضرور^(١) .

ويثبت الضرور عادة الخطأ في جانب التابع حتى تقوم مسئولية المتبوع كما قدمنا ، فيستفيد المتبوع من ذلك ولا يمود في حاجة إلى إثبات خطأ التابع عند الرجوع عليه . ولكن قد يقع أن يكون التابع مسئولاً نحو الضرور بمقتضى خطأ مفترض في جانبه ، كأن يكون معلماً مسئولاً عن تلميذ ولم يستطع نفي الخطأ المفترض ، أو يكون سائق سيارة احتفظ بمجراتها فصار مسئولاً نحو الضرور بمقتضى خطأ مفترض افتراضاً لا قبل إثبات العكس ، ففي هذه الحالة لا يحتاج الضرور إلى إثبات خطأ التابع لأن هذا الخطأ مفترض . فهل يستفيد

== الدعوى تساعد على تقدير الأخطاء على هذا الأساس . أما إذا كان ذلك ممتمناً ، فإنه يكون ثمة من سبيل إلا اعتبار المخطئين مسئولين بالنسوى عن الضرر الذي تسببوا فيه (نقض جنائى في ١٩ مايو سنة ١٩٤١ الهامة ٢٢ رقم ٢٩ ص ٢٣٧) .

[وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الحكم الذى قرره المادة ١٦٩ مدنى جديد المقابلة للعادة ١٥٠ وما بعدها مدنى قديم والى تنص على أنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في إلزامهم بتعويض الضرر وتكون المسئولية فيما بينهم بالنسوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم ، هذا الحكم لا يرد إلا عند تحديد مسئولية كل شخص من مدعى الضرر المتضامنين وذلك فيما بين مرتكبي الفعل الضار أنفسهم . وإذ فنى كانت الحكومة لم ترتكب خطأ شخصياً من جانبها وإن مسئوليتها بالنسبة إلى الخطأ الذى ارتفعه الموظفون التابعون لها هي مسئولية التبوع عن عمل تاجه ، فإنها لا تعتبر بالنسبة إلى هؤلاء الموظفين مدنية أصلاً ، ولا تتحمل شيئاً من التعويض المحكوم به (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٥ ص ٢٧٠)] .

(١) انظر الأستاذ مصطفى مرعى في المسئولية المدنية فقرة ٢٢٤ ص ٢١٤ — وقد أشار إلى حكم في هذا المسمى لمحكمة النقض قضت فيه « بأنه إذا رفعت دعوى تعويض على متهم عما أحدثه من أضرار المدعى بالحق المدني وعلى وزارة الداخلية بالتضامن مع المتهم لأنه من رجالها وهي مسئولة عن فعله رجالها ومتضامنة معهم في تعويض كل ضرر يبعث منهم أثناء تأدية وظائفهم ، فللحكومة أن توجه دعوى الضمان الفرعية إلى المتهم في حالة الحكم للمدعين بالتعويض . فإذا قضت المحكمة بعدم قبول دعوى الضمان الفرعية بحجة أنها سابقة لأوانها ، كان قضاؤها بذلك خطأ في تطبيق القانون ، ويتمن قضه » . (نقض جنائى في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٣ رقم ٤٧٥ ص ٦٠٤) .

المتبوع هنا أيضاً من الخطأ المفترض في جانب التابع عند رجوعه عليه ؟ ليس له ذلك ، بل عليه إذا أراد الرجوع على تابعه أن يثبت خطأه ولا يكتفى بالخطأ المفترض في جانبه ، لأن هذا الخطأ المفترض ، في الحالة التي نحن بصدددها ، إنما يقوم في العلاقة ما بين التابع والمضروب ، لا في العلاقة ما بين التابع والمتبوع .

الفرع الثاني

للمسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٩٦ — **حالات ثلاث** : بعد أن فضلنا حالتى المسئولية عن عمل الغير ، ننتقل إلى حالات المسئولية الناشئة عن الأشياء ، الحى منها وغير الحى . ذلك أن الشخص يسأل عما هو في حراسته في حالات ثلاث :

الأولى — مسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر .

والثانية — مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدام البناء من ضرر .

والثالثة — مسئولية من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة عما يحدثه هذه الأشياء من ضرر .

وتتنظم هذه الحالات الثلاث فكرة «الخطأ في الحراسة» (faute dans la garde) . فلا تزال المسئولية فيها مبنية على الخطأ ، والحارس مسئول عن خطئه في الحراسة . والخطأ في الحراسة هو أن يترك الحارس زمام الشيء يفلت من يده .

البحث الأول

مسئولية حارس الحيوان (*)

٦٩٧ - النصوص القانونية: كان التقنين المدني القديم ينص في المادة ١٥٣/٢١٥

على ما يأتي :

« وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور ، سواء كان في حيازته أو تسرب منه » .

وقد قل التقنين المدني الجديد هذا الحكم دون تعديل إلا في الصياغة ، فنصت المادة ١٧٦ من هذا التقنين على ما يأتي :

« حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه »^(١).

(*) بعض المراجع : مازو ٢ فقرة ١٠٧١ - فقرة ١١٣٧ - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٩٢ - فقرة ٦٠٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٠٥٨ وفقرة ١٠٦٣ - فقرة ١٠٨٣ - كولان وكايتان ودى لا دوراندير ٢ فقرة ٣٥٧ - فقرة ٣٦١ - جوسران ٢ فقرة ٥١٥ - فقرة ٥٢٣ - الموجز للوثم ٢ فقرة ٣٥٥ - فقرة ٣٥٨ - مصطفى مرعى في المسؤولية المدنية فقرة ٢٣٥ - فقرة ٢٥٤ - حشمت أبو سبيت فقرة ٥١١ - فقرة ٥١٥ - سليمان مرقس في الفعل الضار فقرة ١٠٢ - فقرة ١٠٦ - [أنور سلطان فقرة ٥٤٣ - ٥٥٢ - عبد المتعم فرج الصلة فقرة ٥١٦ - ٥٢١] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « حارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، حتى لو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . وأقرت لجنة المراجعة هذا النص تحت رقم المادة ١٨٠ من المشروع النهائي ، وأقره مجلس النواب . ورأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن عبارة « حارس الحيوان » قد تشبه بالممارسة بالمعنى القهوم ، وقد يخرج عنها المالك ، فقررت أن تكون صيغة المادة كما يأتي : « حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له » فأضافت عبارة « ولو لم يكن مالكا له » بعد عبارة « حارس الحيوان » لتبرر أن اصطلاح حارس الحيوان لا ينفي اعتبار المالك حارسا لأن =

والنص الجديد أكثر وضوحاً من النص القديم ، وأوسع إحاطة بأحكام المسؤولية التي نحن بصددھا^(١) ، ولكنه لم يستحدث حكماً جديداً كما قلنا .

== توافرت الشروط المقررة في هذا الشأن . وقد اقترح على اللجنة الاستشارة عن اصطلاح « الحارس » باصطلاح « المنتفع » ، فلم تر الأخذ بهذا الاقتراح لأن تسمية « حارس الحيوان » قد ينقسم نطاقه لصور أخرى لا تندرج تحت الصور المقترحة ، وقد استعمل الفقه في مصر اصطلاح الحراسة في هذا الشأن بوصفه مرادفاً لتسمية (garde) في اللغة الفرنسية ، ودلالة هذا التسمية مروفة وهي مرنة ، ومن غير المرغوب فيه حصرها في حدود صور مخصوصها ، وتسمية المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى ليس ولا يقيد الاجتهاد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (بمجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٣٤ — ٢٨٤) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٧٧ (مطابق) — الليبي ١٧٩ (مطابق) — المراتي م ٢٢١ — ٢٢٧ (موافق) — اللبناني م ١٢٩ — ١٣٠ (موافق) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في تفصيل نص التقنين الجديد ما يأتي : « يعتبر هذا النص متقدماً على نظيره في نصوص التقنين المصري الحالي (القديم) من ناحيتين : (أ) فيلاحظ من ناحية أنه نوه صراحة بفكرة الحراسة ، وجعل حارس الحيوان مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر . وهذه الفكرة لا تستخلص إلا اقتضاء من دلالة عبارة المادة ١٥٣/٢١٥ إذ تنص على إلزام « مالك الحيوان أو مستغضمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور » . وقد جهد الفقه الحديث في تحليل فكرة الحراسة تحليلاً دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرهاف أو التهاف . فهو يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية . والثانية دون الأولى هي التي تنبئ عليها المسؤولية ، وعلى هذا النحو يسأل مالك الحيوان متى كانت له الحراسة القانونية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر لمرأى الذي استغضمه لعناية به . وقد عني التقنين اللبناني بالنص على هذا الحكم في عبارة صريحة ، فنقض في الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ بأن « تلك المسؤولية ترتب ، ولو كان الحارس المضرور قد ارتبط من قبل بمقد من العقود ، كإيجار الأشخاص مثلاً ، ما لم ينص على خلاف ذلك » . ويراعى أن الحراسة القانونية تظل قائمة ولو ضل الحيوان أو تسرب . (ب) ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع اختار صراحة فكرة الخطأ المفترض ، وجعل منها أساساً لمسئولية حارس الحيوان . وقد جرى القضاء المصري على اتباع هذا الرأي ، رغم أن المادة ١٥٣/٢١٥ من التقنين المصري لم تذكر شيئاً في هذا الشأن . وقد وقت التقنينات الأجنبية من فكرة اقتراض الخطأ هذه مواقف مختلفة فيما يتعلق بقوة الفقرة التي تقوم عليها من حيث جواز سقوطها أو عدم سقوطها بإثبات العكس . فبعض هذه التقنينات يبيع لحارس الحيوان الاكتفاء بإقامة الدليل على أنه التزم الحيلة الواجبة لئنه من الإضرار أو لرقابته (المادتان ٩٤/٨٦ من التقنين التونسي والمراكشي ، والمادة ٢٣٩٤ من التقنين البرتغالي ، والمادة ٨٣٤ من التقنين الألماني ، والمادة ١٣٢٠ من التقنين النمساوي المعدل ، والمادة ٥٦ من تقنين الالتزامات السويسري ، والمادة ١٥٢٧ من التقنين الرازي ، والمادة ١٩٠ من التقنين الصيني) . وبعضها لا يبيع إلا لإثبات السبب الأجنبي (المادة ٨١ من المشروع الفرنسي الإيطالي . والمادة ١٢٩ من التقنين اللبناني ، والمادة ١٩٠٥ من التقنين الأسباني) ، وهذا هو ما اختاره القضاء المصري والقضاء الفرنسي . ويتوسط التقنين البولوني هذين الرأيين ، فيكتفي من حارس الحيوان بإقامة ==

ونبحث هنا أيضاً متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان

٦٩٨ — شرطان تحقق المسئولية : تتحقق هذه المسئولية إذا تولى شخص حراسة حيوان وأحدث الحيوان ضرراً للغير . فمئذئذ يكون حارس الحيوان مسئولاً عن هذا الضرر .

فنتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) تولى شخص حراسة حيوان . (٢) إحداث الحيوان ضرراً للغير .

§ ١ — حراسة الحيوان

٦٩٩ — تحليل هذا الشرط : لا تتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة حيوان . فنبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ « الحيوان » .

٧٠٠ — الحراسة (la garde) : قدمنا أن الخطأ في الحراسة هو أن يترك الحارس زمام الشيء يفلت من يده . فحارس الحيوان إذن هو من في يده زمام الحيوان ، فتكون له السيطرة الفعلية عليه في توجيهه وفي رقابته ، ويكون هو المتصرف في أمره ، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق ، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية ، ما دامت سيطرة فعلية قائمة .

== الدليل على أن خطأ ما لم يقع منه أو من أحد ممن يسأل عنهم (م ١٤٨) ومع ذلك فهو يميز المحكمة . رغم قيام هذا الدليل أن تلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بهويض كل الضرر أو بفسه إذا اقتضت العدالة ذلك مع مراعاة الظروف وبسائر الضرور ومالك الحيوان أو مستخدمه بوجه خاص (المادة ١٤٩ في فقرتها الأخيرة) . ولم يبع المصروع إلا لإثبات السبب الأجنبي اقتناء بما جرى عليه القضاء المصري في هذا الشأن . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤٧٤ — ٤٧٥) .

فليس حارس الحيوان هو ضرورة مالكه ، فقد ينتقل زمام الحيوان — السيطرة الفعلية في توجيهه وفي رقابته وفي التصرف في أمره — من يده إلى يد غيره . فيصبح هذا الغير هو الحارس . وليس الحارس هو ضرورة المنتفع بالحيوان إذا لم يكن لهذا السيطرة الفعلية في توجيه الحيوان وفي رقابته . وليس الحارس هو من يعرف عيوب الحيوان ويتركه مع ذلك يضر بالناس ، ما دام لا يملك التصرف في أمره وليست له سيطرة فعلية عليه في توجيهه وفي رقابته . وليس الحارس هو من يكون الحيوان في حيازته دون أن تكون له السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة . فلا يعتبر حارساً بوجه عام لا الراعى ولا السائق ولا الخادم ولا السائس^(١) .

فيجب إذن أن نقف عند المعيار الذي قدمناه ، وأن نعتبر حارس الحيوان هو من بيده زمامه ، فيملك السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة ويكون هو المتصرف في أمره . ونص التفتين المدني الجديد يتفق مع هذا المعيار ، فقد رأينا المادة ١٧٦ تنص على

(١) ويجب أيضاً أن نستبعد معيارين ، أحدهما قال به الأستاذان ملازو ثم عدلا عن قولها ، والآخر قالت به محكمة النقض الفرنسية .

فقد كان الأستاذان ملازو يعيزان بين الحراسة المادية (garde matérielle) والحراسة القانونية (garde juridique) ، فيجعلان الحراسة القانونية ، وهي حق يعطيه القانون للشخص في السيطرة على الشيء ، هي التي تقترب عليها المسؤولية . وقد عدلا عن هذا الرأي على أثر حكم محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجمعة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (سيريه ١٩٤١ — ١ — ٢١٧ — وانظر ملازو ٢ نقرة ١٠٨٧ وفترة ١١٥٩) ، وأخذ الأستاذان بمعمار السيطرة الفعلية في التوجيه والرقابة .

أما محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجمعة فقد قضت في الحكم الذي أشرنا إليه بأن حارس الشيء هو من يستعمل الشيء بنفسه أو بواسطة تابع له الاستعمال الذي يلائم ممارسة مهنته — (celui qui par lui-même ou par ses préposés, en fait l'usage que comporte l'exercice de sa profession) — وهذا المعيار أرادت محكمة النقض أن تنزل فيه عند التعبير الذي استعملته التفتين المدني الفرنسي في المادة ١٣٨٥ ، إذ أن هذا النص يجعل المسئول هو مالك الحيوان أو من يستعمله (le propriétaire ou celui qui s'en sert) ، وقصدت به أن توفى بين عبارة التفتين الفرنسي والتعليل الصحيح لمعيار الحراسة . ولكن يؤخذ عليه أنه إذا كان من يستعمل الحيوان الاستعمال الذي يلائم ممارسة مهنته تكون له في الغالب السيطرة الفعلية عليه في توجيهه وفي رقابته فيتفق المعياران ، إلا أن هذا ليس ضرورة لازمة ، فقد تكون السيطرة الفعلية على الحيوان في يد غير المالك الذي تستعمله الاستعمال اللائق للمهنة .

أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر »^(١).
وإذا أردنا أن نطبق ميعار « السيطرة الفعلية » تطبيقاً علمياً أمكن أن نقوله على
الوجه الآتي :

مالك الحيوان هو في الأصل صاحب السيطرة الفعلية عليه ، وهو الذي يملك زمامه
في يده ، فله التوجيه والرقابة ، وهو المتصرف في أمره ، ومن ثم يكون حارس الحيوان
هو أصلاً مالكه . فهناك إذن قرينة على أن مالك الحيوان هو الحارس ، وإذا رجع الضرر
على المالك فليس عليه أن يثبت أنه هو الحارس ، بل المالك هو الذي عليه أن يثبت أنه لم يكن
حارس الحيوان وقت إحداثه الضرر . وإذا أفلت زمام الحيوان من يد المالك بأن ضل أو
تسرب ، كان هذا خطأ في الحراسة (faute dans la garde) ، ويكون مسئولاً عما يحدثه
الحيوان من ضرر . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول : « حارس الحيوان ،
ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ».
ومن باب أولى إذا ترك الحارس الحيوان في الطريق دون رقيب ، كان مسئولاً عما يحدث
من ضرر .

وإذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد أخرى ، فإن كان قد انتقل بالرغم من إرادة
المالك أو دون علمه ، كما لو انتقل إلى لص سرق الحيوان ، أو إلى تابع للمالك استولى على
الحيوان واستعمله لمنفعته الشخصية ، فإن السيطرة الفعلية على الحيوان تنتقل في هذه الحالة من
المالك إلى هذا الغير ، ويصبح السارق أو التابع الذي استولى على الحيوان لنفعه الخاص

(١) وقد جاء في مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ما يؤيد هذا التفسير ، فقول : « إن
التعويضات الحديثة تستعمل هذا الاصطلاح (الحراسة) في هذا المقام ، وقد استقر في لغة الفقه القانوني
الحديث الذي جهد في تحليل فكرة الحراسة تحليلاً دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرباك أو التهاوت ، فقد كان
يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية ، والثانية دون الأولى هي التي تنبئ عليها المسؤولية ،
ولكن التطور أجبه إلى الاعتداد بالسيطرة الفعلية ، وعلى هذا النحو يسأل مالك الحيوان متى كانت له
الحراسة الفعلية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرائض الذي استخدمه للضايقة به » (مجموعة الأعمال
التنضيرية ٢ ص ٤٢٦) .

هو الحارس ، ويكون هو المسئول عما يحدث الحيوان من ضرر . ومن ثم نثبت أنه ليس من الضروري أن تكون السيطرة الفعلية سيطرة مشروعة لها سند من القانون ، ففي المثالين اللذين نحن بصددهما يتضح أن كلا من اللص والتابع مسيطر على الحيوان سيطرة غير مشروعة .

أما إذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد الغير برضاء من المالك ، وكان الغير تابعاً للمالك كالمسائق والسائس والخدام والراعى ، فالأصل أن انتقال الحيوان إلى يد التابع لا ينقل إليه السيطرة الفعلية على الحيوان ، إذ الغالب أن المالك يستبقى سيطرته الفعلية على الحيوان حتى بعد أن يسلمه لتابعه . فيبقى المالك في هذه الحالة هو الحارس . ولكن لأشياء يمنع في بعض الحالات من أن تنتقل السيطرة الفعلية إلى التابع ، كما إذا سلم صاحب الحصان حصانه لخيال (Jockey) يجرى به في السباق ، فإن الخيال في هذه الحالة من وقت أن أمسك بزمام الحصان وبدأ يجرى به في السباق قد انتقلت إليه السيطرة الفعلية على الحصان وأصبح هو الحارس ، فيكون مسئولاً مسئولية الحارس ، ويكون المالك مسئولاً مسئولية التبوع .

وإذا كان المالك قد نقل الحيوان إلى شخص غير التابع ينتفع به كالمستأجر أو المستعير ، انتقلت في الغالب من الأحوال إلى هذا الشخص السيطرة الفعلية على الحيوان ، إذ هو في سبيل الانتفاع به يمسك زمامه في يده وله حق التصرف في أمره ، ومن ثم يكون هو الحارس . فإن نقله المالك إلى شخص غير التابع لا ينتفع به بل للمحافظة عليه أو لمعالجه ، كصاحب الاصطبل وصاحب الفندق والطبيب البيطرى ، فالأصل هنا أيضاً أن السيطرة الفعلية تنتقل إلى هذا الشخص ، ويكون هو الحارس . ولكن قد يستبقى المالك في هذه الحالة السيطرة الفعلية على الحيوان في أثناء الوديعة أو وقت العلاج ، فيبقى هو الحارس ^(١) .

(١) انظر في هذا المعنى ما زو ٢ فقرة ١١٠٤ — فقرة ١١٠٨ — ويرى الأستاذ مصطفى مرعى أن القى تنتقل إليه الحراسة هو الذى يتسلم الحيوان بقصد الانتفاع به ، لأنه وهو ينتفع به يحيط بمخالفاته وطلباته ، أما من يجوز الحيوان بحكم صناعته التى تجبره على تلقى كل حيوان يرد إليه ، كالراعى واليطار =

٧٠١ - الجوامه : أى نوع من الحيوان ، مستأنساً كان أو متوحشاً ، كبيراً أو صغيراً ، خطراً أو غير خطر ، يكون حارسه مسئولاً عنه . فالدواب والبهائم بأنواعها المختلفة من خيل وبغال وحمر وجمال ومواش ، والحيوانات الأليفة من كلاب وقطط . وقرود ، والدواجن والطيور ، وما عسى أن يمتلك الشخص من حيوانات مفترسة كالسباع والنمور والفيلة وغيرها ، كل هذا يكون حارسه مسئولاً عنه . وقد يكون الحيوان معتبراً عقاراً بالتخصيص ، كالواشي الملحقه بأرض زراعية ، ولا يمنع ذلك من أن يكون حارسها مسئولاً عنها ، ولا عبرة بأنها تعد عقاراً .

ولكن يشترط أن يكون الحيوان حياً ومملوكاً لأحد من الناس وأن تكون حراسته ممكنة . فجنّة الحيوان الميت تعتبر شيئاً غير حى لا حيواناً ، والمسئولية عنها تكون مسئولية عن شيء غير حى لا عن حيوان ، فلا تتحقق وقتاً للمادة ١٧٨ من التقنين المدنى الجديد إلا إذا كانت حراستها تتطلب عناية خاصة . والطيور التى لا مالك له لا يسأل شخص عما

== والطبيب البيطرى وشركات التل ، فلا تنقل إليه الحراسة (المسئولية المدنية فقرة ٢٤٥) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المسئول عن الحيوان هو حارسه لا مالكه (استئناف مختلط فى ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩) فلا يصبح المالك مسئولاً متى سلم الحيوان إلى شخص آخر ينفع به ويستخفمه لصالحه فانتقلت إليه الحراسة ، والمنفع هو الذى يكون مسئولاً (استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) . ولا يكون المالك مسئولاً إلا إذا ارتكب خطأ بأن سلم الحيوان إلى شخص غير قادر على حراسته (الحكم السابق) . ولكن مالك الحيوان يكون مسئولاً عن خطأ تابعه كالسائق (استئناف مختلط فى أول يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٤) .

وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا علق شخص خيله بحربة آخر وركب هو وصديقه له ، وكل إلى الصديق القيادة فى مكان مزدحم ، كان صاحب الخيل هو المسئول ، وبخاصة إذا كان صديقه يقود تحت إشرافه لضعف بصره لعدم معرفته بطباع هذه الخيل (استئناف وماو فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٧ ص ٦٥) .

وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأنه إذا وقع الضرر من واحد من حيوانات متعددة ، ولم يعرف على وجه اليقين أيها هو الذى أحدث الضرر ، كانت جميع الأشخاص الذين وجدت الحيوانات فى حراستهم متضامين فى المسئولية . فلذا ترك صاحب الكلب كلبه طليقاً فى الطريق السام ، فاختلط بكلاب أخرى ، وأصيب ملر من هذه الكلاب ، ولم يعرف أى كلب عضه ، فأصحاب الكلاب جميعاً مسئولون بالتضامن (محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٥ رقم ٣٠ ص ٦٦) .

يحدثه من التلف إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . والجراد إذا أصاب زرعاً فأتلفه لا يسأل عن عمله إلا شخص ثبت أنه آثار الجراد بمخبطه .

§ ٢ - إحداث الحيوان ضرراً للغير

٧٠٢ - تحليل هذا الشرط : حتى تتحقق مسئولية حارس الحيوان ، يلزم أن يكون هذا الحيوان قد أحدث ضرراً للغير فيلزم إذن أن يكون الضرر من فعل الحيوان (fait de l'animal) ، ويكون هناك أمران فتكلم فيهما : (١) فعل الحيوان (٢) والضرر الذي يحدثه .

٧٠٣ - فعل الحيوان : يجب أن يكون الحيوان هو الذي «أحدث» الضرر ، أي أن يكون قد أتى عللاً إيجابياً كان هو السبب في الضرر . أما إذا كان الضرر قد حدث دون أن يكون للحيوان دور إيجابي ، كما إذا ارتطم شخص بحجم حيوان حتى فجرح . فإن الضرر لا يكون في هذه الحالة من فعل الحيوان ، إذ لم يكن للحيوان في ذلك إلا دور سلبي .

وإذا كنا نتطلب أن يقوم الحيوان بدور إيجابي في إحداث الضرر ، فليس هذا ممناه أن يكون الحيوان قد اتصل اتصالاً مادياً بالجسم الذي ألحق به الضرر ، بل يكفي أن يكون هو السبب الإيجابي لإحداثه . فلو خرج حيوان مفترس في حراسة شخص فجأة إلى الطريق العام ، فأصاب القدر أحد المارة وسقط فجرح دون أن يمس الحيوان ، فهذا الضرر يعتبر من فعل الحيوان .

وهناك فروض يكون فيها قد اشترك مع الحيوان عامل آخر في إحداث الضرر ، كما إذا كان المتسبب المباشر في الإصابة هي المركبة التي يقودها الحيوان ، فإذا كان الحيوان هو العامل المتناوب كما هو الراجح ، فإن الإصابة تعتبر من فعله . ويدق الأمر إذا كان الحيوان عند إحداث الإصابة يقوده إنسان أو بتمطيه ، فهل تعتبر الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان أو من فعل الحيوان ؟ ولا شك في أن القول برأى من هذين الرأيين تترتب

عليه أهمية عملية كبيرة. إذ لو اعتبرت الإصابة من فعل الإنسان ، فلا يفترض الخطأ ، بل يكلف المدعى إثباته طبقاً للقواعد العامة . وإذا اعتبرت الإصابة من فعل الحيوان ، كان هناك خطأ مفترض في جانب الحارس ، ولا يكلف المدعى إثبات هذا الخطأ . وقد سار القضاء الفرنسي مدة طويلة على اعتبار أن الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان ^(١) . وتابع القضاء المصري القضاء الفرنسي في ذلك ^(٢) . ثم عدل القضاء الفرنسي عن هذا الرأي ، واعتبر أن الإصابة قد حدثت من فعل الحيوان ^(٣) . وهذا هو الرأي الصحيح ، لأن رآكب الحيوان أو قائده لا تعتبر الإصابة من فعله إلا إذا كان قد تمدها . فإن اعترف بذلك ، وهذا غير محتمل ، كان الخطأ ثابتاً في جانبه . وإلا فإن الحيوان عندما أحدث الضرر يكون زمامه قد أفلت من يده ، وتكون الإصابة قد حدثت بفعل الحيوان ^(٤) .

٧٠٤ - الضرر الذي يحميه الحيوان : أى ضرر يحدثه الحيوان يكون حارسه مسئولاً عنه . فإذا دهس حيوان شخصاً فخرجه أو قتله ، وإذا أتلّف الحيوان مالا مملوكاً للغير ولو كان هذا المال حيواناً مثله ، وإذا عض كلب شخصاً فأحدث به ضرراً ^(٥) ، وإذا انتقل مرض معد من حيوان مريض ، فكل هذه تعتبر أضراراً يكون حارس الحيوان مسئولاً عنها .

(١) قطن فرنسي في ٦ مايو سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢ - ١ - ٢٨٦ . وحكم آخر في ١١ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١١ - ١ - ٣٩٩ .

(٢) استئناف مختلط في ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣ .

(٣) قطن فرنسي في ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ - ١ - ١٧٧ . وحكم آخر في ٢٤ يولية سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣١ - ١ - ١٢١ .

(٤) مازو ٢ فترة ١١٢٢ .

(٥) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا عض كلب إنساناً ، ولم يكن الكلب موضوعاً في قيد بل ترك طليقاً في الحديقة مع أنه كلب خطر ، فإن صاحب الكلب مسئول حتى لو كان الضرر يعلم أن الكلب خطر (استئناف مختلط في ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢) .

والضرر الذى يحدثه الحيوان قد يقع على الغير كما هو الحال ، وقد يقع على الحارس نفسه ، وقد يقع على المالك إذا لم يكن هو الحارس ، وقد يقع على الحيوان ذاته أى أن الحيوان يصيب نفسه بالضرر .

فإذا أوقع الحيوان الضرر بالغير ، جاز للغير أن يرجع بالتعويض على الحارس بالخطأ المفترض . وهذه هى الصورة المألوفة فى المسؤولية عن الحيوان .

ويعتبر فى حكم الغير تابع المالك إذا لم تنتقل إليه الحراسة . فإذا ألحق الحيوان ضرراً بسائمه أو بسائمه ، فقد تقدم أن المالك فى هذه الحالة يعتبر فى الأصل أنه هو الحارس ، ويكون مسئولاً تجاه السائس أو السائق بالخطأ المفترض ^(١) . وإذا كانت هناك علاقة عقدية ما بين

(١) وقد قضت فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا أصيب «عربى» فى أثناء خدمته بمجرح بليغ من حصان مخدومه ، وكان طاماً بيب الحصان ولكنه كان يحتل نفسه منه ، فإن السيد ملزم بالتعويض ارتكاً على المادة ١٥٣ مدنى (قديم) ، لأنه لم يثبت أن الضرر الحاصل نشأ عن خطأ الخادم أو بالقضاء والقدر (استئناف وطنى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٠ ص ٣٧) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية ، فى مسؤولية صاحب جمل عن جملته الجمل عندما كان يقدمه الطعام ، بأن القانون يفترض حصول الخطأ أو الإهمال من صاحب الحيوان ويعنى المحي عليه من عبء الإثبات ، سواء كان المحي عليه هو العامل الذى يقود الحيوان أو أجنبياً عنه ، ولا يسقط هذا الافتراض القانونى قبل مالك الحيوان بإثبات عدم حصول خطأ أو إهمال منه ، بل يجب لذلك أن يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المحي عليه . ولما كان مالك الحيوان لم يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المحي عليه ، إذ لا يكفى أن يستنتج خطأ المحي عليه من هدوء طبيعة الجمل وعدم اعتياده على الضى وأنه لا بد لذلك أن يكون قد أسى إليه ، بل يجب أن يقوم الدليل على هذه الإساءة ، فإن افتراض الخطأ يبقى قائماً فى جانب المالك (استئناف مصر الوطنية فى ١٥ مايو ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠٨٠) . وقضت أيضاً فى قضية عمالة ، سلم فيها صاحب الجمل جمل إلى أجير عنده لقيادة فصر الجمل الأجير ، بأنه يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدنى (أهل (قديم) أن الشارع جعل مسؤولية مالك الحيوان أو مستخدمه هى الأصل ، إلا إذا قام دليل قاطع على أن الضرر الذى أصاب الغير إنما أصابه بمصادة قهرية أو بإهماله هو ، والذى يستفيد من هذه المسؤولية المفترضة ليس فقط الشخص الأجنبى عن المالك ، بل يستفيد منها أيضاً الأشخاص الذين يعملون فى خدمة المالك إذا كلفهم المالك المذكور بأن يسوقوا الحيوان أو يتنابوا به أو يقوموا بمخدمته (استئناف مصر الوطنية فى ١٧ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص ٥٢٩ - انظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٨ ص ٧٩) . وقضت محكمة استئناف أسبوط فى هذا المعنى أيضاً بأن القانون فى المادة ١٥٣ مدنى (قديم) يفترض وقوع خطأ أو إهمال من مالك الحيوان الذى أحدث ضرراً بالغير ، ولما جعله مسئولاً عن كل ضرر ينشأ عن الحيوان بلا أدنى قيد ، والمصاب فى غير حاجة إلى إلمة الدليل على خطأ أو إهمال من المالك لأن القانون افترض خطأه . ولما كان تدخل المصاب من تلقاء نفسه وهو عامل عند صاحب الحمير المتحمير من التشاجر فيما بينها دون الاستعانة بصاح لا يعد خطأ أو إهمالاً منه ، لذلك تكون المسؤولية واقعة على =

حارس الحيوان والمضروب ، كما إذا استأجر شخص الحيوان وصاحبه لينقله من مكان إلى آخر ، فأضر الحيوان بالمستأجر ، فإن صاحب الحيوان في هذه الحالة يكون مسئولاً مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، لأنه التزم في عقد النقل بضمان سلامة الراكب . وإذا أحدث الحيوان ضرراً بحيوان آخر ، فمالك الحيوان المضروب يرجع على حارس الحيوان الأول بالخطأ المفترض لأنه من الغير ^(١) .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالحارس نفسه ، فلا يستطيع الحارس أن يرجع على المالك إلا إذا أثبت خطأ في جانبه طبقاً للقواعد العامة .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالمالك وكان غير الحارس ، فللمالك أن يرجع على الحارس بالخطأ المفترض ، ويتميز غيراً في هذه الحالة .

== المالك ، لأن خطأه المفترض قانوناً لم يرفع بخطأ المصاب (استئناف أسبوط في ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ الجمعية الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ ص ٨٠) .

أما إذا ثبت خطأ في جانب المصاب ، فإن هذا الخطأ قد ينفي علاقة السببية ما بين الضرر والخطأ المفترض في جانب المسئول . وقد قضت محكمة طنطا الاستئنافية بأنه إذا ثبت أن الجمل انتزع رملته من الوتد وعرض الحامد المكلف بخدمة المواشي ، وثبت أن الحامد لم يتخذ الاحتياطات الضرورية في ذلك الفصل من السنة لأنه لم يكتم الجمل ، وأن الجمل لم يكن حيواناً خطراً متعاداً على الضئ ، كان الضرر ليس إلا نتيجة إهمال المصاب وتعين رفض دعواه (طنطا استئناف في ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ الجمعية الرسمية ١١ رقم ١٢٠ ص ٣٣٧) .

وإذا سلم صاحب الحيوان حيوانه إلى المستخدم لينتفع به اقتضاً شخصياً ، انتقلت الحراسة إلى المستخدم ، ولا يكون صاحب الحيوان مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه الحيوان للمستخدم (استئناف مخطوط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) .

وينهب الأستاذ مصطفى مرعي إلى أن مالك الحيوان لا يكون مسئولاً تجاه خادمه المكلف بمراقبة الحيوان ، بمقتضى خطأ مفترض ، بل يجب على الحامد أن يثبت خطأ في جانب المالك ، كأن يكون المالك قد أخفى عن خادمه عيباً يلحقه في الحيوان ، أو يكون المالك قد سلم الحيوان لحامد صغير لا تسمح له سنه بملاحظة الحيوان ، أو يكون المالك قد قصر في تجهيز الحيوان بالأدوات اللازمة لصدده وكبح جماحه (المسئولية المدنية فقرة ٢٤١) .

(١) ولذا اتفق شخصان على أن يتركا مواشيهما في مكان واحد ، وأن ينفى كل منهما من مسئوليته عن مواشيه ، فإن شرط الإعفاء يكون إعفاء من المسئولية التقصيرية ، فيكون باطلاً ، ويعتبر كل منهما مسئولاً عن مواشيه قبل الآخر بمقتضى خطأ مفترض .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بذاته ، بأن اختنق بجبل مثلاً ، وكان الحارس هو المالك ، هلك الحيوان على مالكه . أما إذا كان الحارس غير المالك ، فلا يستطيع المالك في هذه الحالة أن يحتج على الحارس بالخطأ المفترض ، فإن افتراض الخطأ لا يقوم إلا لضرر أصاب الغير لا الحيوان ذاته . ولكن يجوز للمالك أن يثبت خطأ في جانب الحارس ، فيرجع عليه بالتعويض للخطأ الذي أثبتته لا خطأ مفترض .

المطلب الثاني

الأساس الذي تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان

٧٠٥ — مسألتاه : متى تحققت مسئولية حارس الحيوان على النحو الذي قدمناه . قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض في جانب الحارس كما أسلفنا . ونبين الآن : (١) ما هو هذا الخطأ (٢) وإلى أى حد هو مفترض .

§ ١ — ما هو الخطأ

٧٠٦ — خطأ في الحراسة : الخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان هو خطأ في الحراسة (faute dans la garde) . وعلى هذا الخطأ قامت مسئولية الحارس ، فالخطأ إذن هو أساس المسئولية . ولا يمكن أن يقال إن أساس المسئولية هو تحمل التبعة (risque) ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالحيوان لا الحارس ، ولما جاز دفع المسئولية بآثار السبب الأجنبي .

والخطأ في الحراسة هو إفلات الحيوان من سيطرة الحارس ، لأن هذا الإفلات هو الذي أحدث الضرر .

٧٠٧ — ما الذي يثبت الضرر : ولا يكلف المضرور إلا إثبات الشروط التي تتحقق بها مسئولية حارس الحيوان . فيجب عليه أن يثبت أولاً أن المدعى عليه هو حارس الحيوان ، وقد قدمنا أن هناك قرينة على أن المالك هو الحارس إلى أن يثبت أن

حراسة الحيوان قد خرجت من يده . ويجب عليه بعد ذلك أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل الحيوان ، أى أن الحيوان قد تدخل تدخلًا إيجابيًا في إحداث الضرر ، وأن الضرر قد حدث بفعله لا بفعل الإنسان ولا بفعل الشيء ، على التفصيل الذى سبق ذكره .

§ ٢ - إلى أى حد هو مفترض

٧٠٨ - الافتراض لا يقبل إثبات العكس : الخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس^(١) ، بخلاف الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة فهو افتراض يقبل إثبات العكس كما قلنا .

فلا يجوز إذن للعارس ، متى أثبت الضرر الشروط التى تتحقق بها مسئوليته ، أن ينفي الخطأ عن نفسه ، بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الحيوان الضرر . ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الحيوان قد أفلت من يده ، وهذا الإفلات هو ذات الخطأ . وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر ، فلا حاجة إذن لإثباته بدليل آخر ، ولا جدوى من نفيه بإثبات العكس . وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، فهو خطأ قد تم إثباته ، ولا يتصور إذن أن يثبت عكسه^(٢) .

(١) وتختلف مسئولية صاحب الحيوان الجنائية عن المسئولية المدنية ، ففى الأولى لا يفترض الخطأ بل يجب إثباته . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا يكفى لها كفة شخص جنائياً عما يصيب الغير من الأذى بفعل الحيوان أن يثبت أن ذلك الحيوان مملوك له ، لأن ذلك إذا صح مبدئياً أن يكون سبباً للمسئولية المدنية ، فإنه لا يكفى لتقرير المسئولية الجنائية التى لا يصح أن يكون لها عمل إلا إذا ثبت على المالك نوع من أنواع الخطأ فى الملاحظة على حيوانه ومنع أذاه عن الغير ، وفى هذه الحالة يجب بيان نوع هذا الخطأ فى الحكم ووجه نيته إلى ملك الحيوان بالقاتل (قضى جاني فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ١٤٣ ص ٢٦٣) . انظر فى هذه المسألة مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٦ .

[راجع عبد المتعم فرج الصدة ص ٥٦٢ وفارن سليمان مرقس نهاية فقرة ٤٩٧ صفحة ٦٦٢] .
(٢) سليمان مرقس فى الفصل الصادر فقرة ١٠٦ - وقد كان الفقه فى فرنسا يجعل افتراض الخطأ قابلاً لإثبات العكس ، وتابعه القضاء الفرنسى فى ذلك . ثم تحول القضاء فجعل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس . وتحول الفقه إلى هذا النظر أيضاً ، وتبعهما فى ذلك التقنين المصرى القديم ثم التقنين المصرى الجديد .

وقد سبق القول إن افتراض الخطأ إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضروب ، فلا يقوم إذا أحدث الحيوان ضرراً لنفسه أو أحدث ضرراً للحارس^(١) . وقلمنا أيضاً أن مسؤولية حارس الحيوان قد تجتمع مع مسؤولية المتبوع في شخص واحد . فالك الحيوان إذا دفعه إلى السائق محتفظاً بالحراسة ، فألحق الحيوان ضرراً بالغير ، أمكنت مساءلة المالك باعتباره حارساً للحيوان حيث يفترض الخطأ في جانبه افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، كما يمكن مساءلته باعتباره متبوعاً للسائق ولكن يجب على المضروب في هذه الحالة أن يثبت خطأ في جانب السائق^(٢) .

وقد رأينا أن المتبوع تتحقق مسؤوليته ولو كان عديم التمييز . أما حارس الحيوان فلا يجوز أن يكون عديم التمييز ، لأن مسؤوليته قائمة على الخطأ ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه^(٣)

٧٠٩ — **مواز نفى المسؤولية نفى علاقة السببية** : ولا يستطيع حارس الحيوان أن ينفى عنه المسؤولية إلا بنفى علاقة السببية ما بين فعل الحيوان والضرر الذي وقع ، وذلك بأن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي ، قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ المضروب أو خطأ الغير . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول : «... ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يدل عليه فيه » ، وهو ما أجمع عليه الفقه^(٤)

(١) ولا يقوم افتراض الخطأ أيضاً في العلاقة ما بين حارس الحيوان وشخص غير المضروب ، فلو ثبت أن فعل الحيوان الذي أحدث الضرر كان سببه استفزاز أجنبي للحيوان ، وأراد حارس الحيوان أن يرجع بما دفع من تعويض للمضروب على هذا الأجنبي ، فلا يجوز للأجنبي في هذه الحالة أن يحتج بالخطأ الفرض في جانب الحارس لتقسيم التعويض فيما بينهما (سليمان مرقس في الفصل الصادر فقرة ١٠٠ ص ١٢٣) .

(٢) انظر آتياً فقرة ٦٩٣ .

(٣) [قانون سليمان مرقس في مصادر الالتزام فقرة ٤٩٤ ص ٦٥٧ وعبد النعم فرج الصدة نهاية فقرة ٥١٧ ص ٥٦٢] إذ يقولان بتحقيق المسؤولية قبل حارس الحيوان ولو كان غير مميز .

(٤) الوجز للدولت فقرة ٣٥٨ — مصطفي مرعي في المسؤولية المدنية فقرة ٢٤٨ — حشمت أبوسنت فقرة ٥١٥ — سليمان مرقس في الفصل الصادر فقرة ١٠٦ .

والقضاء^(١) في مصر .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قديم) تفرض حصول خطأ أو إهمال من صاحب الحيوان ، وهذا القرض القانونى لا يستلزم إثبات عدم حصول خطأ أو إهمال ، بل يجب لإسقاط المسؤولية أن يثبت للثول أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المحبى عليه (استئناف مصر الوطنية فى ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ الحاملة رقم ٥٨٥ من ١٠٨٠) . وقضت أيضاً بأن القى يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قديم) أن الشارع جعل مسؤولية مالك الحيوان أو مستخدمه فى الأصل ، إلا إذا قام دليل قاطع على أن الضرر الذى أصاب النير إنما أصابه بمصادفة قهرية أو بإهماله هو (استئناف مصر الوطنية فى ١٧ يولية سنة ١٩٣١ الحاملة رقم ١٢ من ٢٦١ من ٥٢٩) .

وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف أسبوط فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية رقم ٤٤ من ٨٠ — محكمة بنى سويف فى ١١ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية رقم ١١ من ١٢٤ من ٣٤٦ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المسؤولية عن الحيوان لا ترتفع إلا بإثبات السبب الأجنبى (استئناف مختلط فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ١٨ : ولا يمكن أن يقال إن الحصان جفل من قدوم راكب آخر أو أن المصاب كان يسير وسط الطريق) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ من ٥٨ (ترك الحمار على الرصيف دون قيد ، ولكن المار تعرض له لئير فأصيب : خطأ مشترك) — وفى ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ من ١٥٤ (من يقود حيواناً فى طريق عام يجب عليه أن يحكم وناله حتى لا يفلت منه) — وفى ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٤٠٢ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم : لا يفى حارس الحيوان من المسؤولية أن يكون المصاب عالماً أن الكلب مطلق السراح فى الحديقة وهو كلب خطر ، فقد كان الواجب على المارس ألا يدع الكلب وهو خطر مطلق السراح) — وفى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ٢٣٨ — وقضت محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ (جازيت ٢٠ رقم ١٨٧ من ١٧٢) أنه تعتبر قوة القاهرة أن يتزعج حصان من أجراس مركبة الحريق فيجفل فيصيب ماراً .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى بتقرير مسؤولية وزارة الحربية عن الضرر النشأ من إحدى الأفراس المملوكة لها ، قد أقام قضاءه على أن مورث المظنون عليها كان وكيلاً عسكرياً بالوزارة المذكورة ، ومن أخص أعمال وظفته القيام بالعمل الذى قام به ، وفقاً لما قرره المجلس العسكري الذى شكل عقب وقوع الحادث ، وأنه وقت إصابته كان فى طريقه للخروج من ساحة العرض بعد أن تم استعراض الجيول ، وأن الحادث لم يقع بقوة القاهرة أو بسبب خطأ من جانب المصاب ، وأن مسؤولية مالكة الحيوان (الوزارة) ، لا تتوقف على خطأ معين يثبت فى حثها وأنها تقوم على مظنة الخطأ وحدها ومن يمتنابة قرينة قانونية تستلزم مساهمتها ، فإن المحكمة تكون قد تفت فى حدود سلطاتها الموضوعية ووقوع الحادث بقوة القاهرة أو بسبب خطأ من جانب مورث المظنون عليها وهى إذ قضت بمسؤولية الوزارة عن الضرر الذى أصاب المظنون عليها بوقفة مورثها تكون قد استندت فى هذا الشأن إلى أسباب مسوغة لحكمها (قضى مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٥ من ٥٠٢) .]

المبحث الثاني

مسئولية حارس البناء .

٧١٠ - النصوص القانونية : لم يكن التقنين المدني القديم يشتمل على نص لتحديد المسؤولية عن تهمد البناء ، فكانت القواعد العامة للمسؤولية هي التي تنطبق ، وإن كان القضاء المصري ، عن طريق القرآن القضائية ، اقترب من القواعد الخاصة التي اشتمل عليها القانون الفرنسي في المسؤولية عن تهمد البناء . إذ تنص المادة ١٣٨٦ من التقنين المدني الفرنسي على أن « مالك البناء يكون مسئولاً عما يحدث تهمده من الضرر إذا كان هذا التهمد يرجع إلى قصص في الصيانة أو إلى عيب في البناء » . فكان هذا النص يشدد من مسؤولية مالك البناء عما قررت القواعد العامة ، فمسئولية المالك طبعاً لهذا النص تقوم على خطأ مفترض متى أثبت الضرر يرجع إلى قصص في صيانة البناء أو إلى عيب فيه ، ويفترض عندئذ افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا التقص في الصيانة أو هذا العيب منسوب إلى خطأ من المالك . أما التقنين المصري القديم فلم يتضمن كما قدمنا ما يقابل المادة ١٣٨٦ من التقنين الفرنسي . وترتب على ذلك أن حارس البناء لا المالك كان هو المسئول ، وكانت مسئوليته مبنية على القواعد العامة ، أي على خطأ ثابت لا على خطأ مفترض ، فكان لا بد من أن يثبت للضرر خطأ في جانب الحارس حتى تتحقق المسؤولية .

(*) بين المراجع : مازو ٢ فترة ١٠١٩ - قمر ١٠٧٠ - بلانيل وريبير وإسمان ١ فترة ٦٠٧ -

فترة ٦١١ - بلانيل وريبير وبولانجيه ٢ فترة ١٠٨٥ - فترة ١٠٩٣ - كولان وكايتان وحى لامورانديير ٢ فترة ٣٦٢ - قمر ٣٦٥ - جوسران ٢ فترة ٥٢٤ - فترة ٥٢٨ - الموجز للمؤلف فترة ٣٥٩ - فترة ٣٦٢ - مصطفي مرعي في المسؤولية المدنية فترة ٢٦٦ - فترة ٢٩٢ - حمت أبوسليت فترة ٥١٦ - فترة ٥١٩ - سليمان مرقس في الضل الضار فترة ١٠٧ - فترة ١١٢ - [أنور سلطان فترة ٥٥٣ - ٥٦٠ - عبد النعم فرج الصلة فترة ٥٢٢ - ٥٢٨] .

قلنا إن القضاء المصري كان قد اقترب من قواعد القانون الفرنسى ، وقرب الشقة بين القانونين المصرى والفرنسى أمران :

(أولاً) أن القضاء المصرى كان يقتشد كل التشدد فى التزام حارس البناء ، فكان يطالبه باليقظة والانتباه حتى لا يكون البناء مهدداً للخطر ، وأى إهمال فى ذلك مهما كان تافهاً يوجب مسئولية الحارس عن تعويض ما وقع من الضرر .

(ثانياً) أن هذا القضاء من جهة أخرى كان يتساهل كل التساهل فى حق الضرر ، فيجيز له إثبات خطأ حارس البناء بأثفه القرائن .

فهذا التشدد فى جهة وهذا التساهل فى جهة أخرى كان من شأنه أن يجعل القضاء المصرى يقترب من القانون الفرنسى ، ويستفيض عن القرينة القانونية المقررة فى هذا القانون بقرينة قضائية قررناها . ومن ثم أمكنه فى كثير من الأحوال أن يقرر دون نص مسئولية حارس البناء إذا ثبت أن هناك عيباً فى البناء أو نقصاً فى الصيانة^(١) .

وقد جاء التقنين المصرى الجديد بنص خاص فى مسئولية حارس البناء ، قضى فى المادة ١٧٧ بما يأتى :

« ١ — حارس البناء ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداماً جزئياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه » .

(١) انظر قاض مدنى فى ١٧ يونيو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ م ١٧٥ (وقارن قاض مدنى فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٠ م ٤٢١) — استئناف مصر وطنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ الحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧٩ م ٥٨٦ — وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٨ رقم ٤٠٢ م ٨٧١ — وفى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٩ رقم ٣٤٥ م ٨٤١ — استئناف مختلط فى ٢ مايو سنة ١٩٩٤ م ٦٢ م ٢٧٠ — وفى ٢٨ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ١١١ — وفى ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ م ١٦٠ — وفى ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ١٢٢ — وفى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٥٨ — وفى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٤٨٥ . وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٢ .

« ٢ - ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطلب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لهدء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك ، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه »^(١) .

وبينين لأول وهلة من هذا النص أنه يختلف عن النص الوارد في التفتين الفرنسي في أمور ثلاثة :

(١) في أنه يجعل المسؤولية على حارس البناء لاعلى مالكه ، وهذا هو الذى يتمشى مع قواعد المسؤولية .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٥ من المشروع التهدى على وجه يقارب نص القانون الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم المادة ١٨١ من المشروع التهانى . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون الذى بمجلس الشيوخ عبارة « ولم يكن مالكاً » بعد عبارة « حارس البناء » ، وأصبح رقم المادة ١٧٧ . وقالت اللجنة فى تقريرها : « اقترح الاستماعة عن اصطلاح الحارس فى المادة ١٧٧ باصطلاح مالك البناء أو حائزه بنية التملك . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن تعبير « حارس البناء أو الذى » قد يتسع نطاقه لصور أخرى لا تندرج تحت الصيغ المقترحة ، وقد استعمل الفقه فى مصر اصطلاح الحراسة فى هذا الشأن بوصفه مرادفاً لتعبير (Garde) فى القنة الفرنسية ، ودلالة هذا التعبير معروفة ، وهى مرنة ، ومن غير الرغوب فيه حصرها فى حدود صور مخصوصة . وتعبير المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى لبس ولا يفيد الاجتهاد » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٤٢٨ - ص ٤٣٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدى فى هذا العدد ما يأتى : « لم يعرض التفتين المصرى للمسؤولية عن البناء ، ولقائه جرى القضاء المصرى بشأنها على تطبيق القواعد العامة ، وجعل من الخطأ الثابت أساساً لها ، ولو أنه لا يشدد كثيراً فيما يتعلق بجسامة هذا الخطأ . أما للمشروع فقد أثر تأسيس هذه المسؤولية على الخطأ الفروض ، وألقى عبئها على عاتق حارس البناء دون مالكه على خلاف ما اختار التفتين الفرنسى . فتظل مسؤولية الحارس قائمة ما لم يثبت أن تداعى البناء لا يرجع إلى إهمال فى صيائه أو قدم أو عيب فى إنشائه . أما التفتين الفرنسى فيلزم المضرورة على التفتى من ذلك بإقامة الدليل على إهمال الصيانة أو القدم أو العيب فى إنشاء البناء ، فإذا تم له تحصيل هذا الدليل أصبح مفروضاً أن تداعى البناء يرجع إلى أحد هذه الأسباب ، ويكون إذن ناشئاً عن خطأ المالك » (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٤٣٩) .

وبقابل النص فى التقنيات المدنية العربية الأخرى . السورى م ١٧٨ (موافق) - اللبى م ١٨٠ (موافق) ، العراق م ٢٢٨ - ٢٣٠ (مقارب) - اللبائى م ١٣٣ (مقارب) .

(٢) وفي أنه يشدد من المسؤولية أكثر مما يفعل التقنين الفرنسي ، إذ لا يتطلب النص المصري أن يثبت الضرر لإعمالا في الصيانة أو قلعاً في البناء أو حياً فيه ، بل حارس البناء هو الذى يثبت ألا إهمال في الصيانة والأقدام في البناء والأعباء فيه .

(٣) في أنه يميز اتخاذ احتياطات وقائية إذا كان البناء يهدد بالسقوط ، فلا ينتظر من كان مهدداً بضرر من جراء تهدم البناء أن يتهدم فيطالب بالتعويض ، بل يستطيع أن يطلب باتخاذ التدابير الضرورية لئلا يخطر قبل وقوعه .

ولاشك في أن التقنين الجديد شدد كثيراً في المسؤولية عن تهدم البناء ، وأتى لمساعدة من تعييبهم أضرار من ذلك ، فلم يتركهم إلى القواعد العامة التي توجب عليهم إثبات الخطأ في جانب المستول .

وتسرى هذه القواعد الجديدة منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أى منذ نفاذ التقنين الجديد . والعبرة في ذلك بتاريخ وقوع الضرر الذى ينجم عن تهدم البناء ، فإذا وقع هذا الضرر في تاريخ سابق على هذا التاريخ فالتقنين القديم هو الذى ينطبق ، وإلا فالتقنين الجديد^(١) .

ونفصل الآن قواعد هذه المسؤولية ، فنتكلم في أمرين : (١) متى تتحقق المسؤولية عن تهدم البناء (٢) وعلى أى أساس تقوم هذه المسؤولية .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يسوغ تحميل مالكة المنزل مسؤولية سقوط حائظه في ظل العمل بالقانون المدنى القديم دون بيان وجه خطئها في ذلك مع وجوب هذا البيان عملاً بالمادة ١٥١ من ذلك القانون المنطبق على واقعة الدعوى والذى لم يرد فيه نص كاللادة ١٧٧ من القانون المدنى الجديد تفرض مسؤولية حارس البناء عما يحدثه تهدمه من ضرر مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه ، وهذا تصريح مستحدث لا يسرى إلا من تاريخ العمل به : قضى مدنى في ٢٢ من أكتوبر سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض السنة ٥ ص ٩٨ رقم ١٠] .

المطلب الأول

متى تتحقق المسؤولية عن تهمد البناء

٧١١ — شرطان لتحقيق المسؤولية : تتحقق هذه المسؤولية إذا تهدم البناء تهدماً كلياً أو جزئياً وألحق تهدمه ضرراً بالغير . ففندئذ يكون حارس البناء مسئولاً عن هذا الضرر .
فنتحقق المسؤولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) حراسة البناء (٢) تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر .

١ § — حراسة البناء

٧١٢ — تحليل هذا الشرط : لا تتحقق المسؤولية إلا إذا تولى شخص حراسة بناء .
فبين مامنى الحراسة وما المقصود من لفظ « البناء » .

٧١٣ — الحراسة : تتحدد الحراسة هنا على النحو الذى حددناها به فى حراسة الحيوان .
فحارس البناء إذن هو من له السيطرة الفعلية على البناء ، فيكون مكلفاً بحفظه وتهدمه بالصيانة والاستيقاظ بأنه ليس قديماً ولا مميماً بحيث يتهدد الناس بالخطر ، ويكون هو المتصرف فى أمره ، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بنير حق ، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية مادامت سيطرة فعلية قائمة . فحارس البناء لا يكون ضرورة هو المالك ، ولا المتنفع ، ولا الحائز .

ولكن للفروض أن مالك البناء هو الذى يسيطر عليه سيطرة فعلية وهو المتصرف فى شؤونه ، ومن ثم توجد قرينة على أن حارس البناء هو المالك . والبائع قبل التسليم ، حتى بعد تسجيل عقد البيع ، يستبقى السيطرة الفعلية على البناء ، فيبقى هو الحارس ،

ولا تنتقل الحراسة إلى المشتري إلا بالتسليم^(١). والمقاول الذى قام بشييد البناء يعتبر حارساً له حتى يسلمه للمالك^(٢). والمالك الملقى ملكه على شرط فاسخ أو على شرط واقف يعتبر أنه هو الحارس إذا تسلم البناء وكانت له عليه السيطرة الفعلية. وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمقتفع (usufruitier) والمستحكر والمرتهن رهن حيازة والحائز للبناء بنية تملكه سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية. أما المستأجر والمستعير فلا يعتبران فى الغالب من الأحوال حارسين لأن السيطرة الفعلية على البناء — خلافاً للحيوان والمقول — تبقى عادة عند المالك^(٣). لكن إذا أقام المستأجر بناء فى العين المستأجرة اعتبر حارساً له إلى أن تنتقل ملكية هذا البناء إلى المالك وفقاً للاتفاق أو لقواعد الاتصاق^(٤).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الإطنية بأنه لا مسؤولية على المالك لنزل لو سقط بعض بنائه على إنسان فتفله إذا ثبت أن المالك المذكور اشترى هذا النزل، ولكنه لم يكن قد وضع يده عليه بسبب نزاع وقع بينه وبين آخرين (استئناف وطنى فى ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ الصرائح ٢ رقم ٢٠٠ من ١٨٤) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية المشتري بقصد غير مسجل مادام حائزاً (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ من ١١٢).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب على المقاول اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر عن الجيران (استئناف مختلط فى ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤١ من ٢٢٢ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٢ من ٨٣ — وفى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٤٠٤) — على أن الجار الذى يكون منزله قديماً غير متين لا يجوز له أن يزيد فى أعباء المالك أو المقاول، وعليه أن يسلم فى نفقات تقوية بنائه (استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٤٠٢ — وفى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٩ — وفى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٣٦ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٨٣).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن عسك مالك البناء بأن العين للملكه مؤجرة للغير وبذا انتقلت حيازتها القانونية لهذا الغير، وبأنه اشترط عليه أن يقوم هو بالصليحات اللازمة، وإذن فإن المسئولية عن الضرر الذى وقع تنتقل إلى المستأجر، فذلك لا يجديه فى دفع المسئولية عنه، ولكنه لا يمنعه من الرجوع على المستأجر منه إذا رأى أنه مسئول أمانته (نقض مدنى فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ من ١٧٥).

(٤) ومن أحكام القضاء المصرى فيمن هو المسئول عن تهمد البناء فى ظل القانون القديم : إذا كان المالك قاصراً فلا تكون عنده الحراسة، بل المسئول هو الوصى (استئناف مختلط فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٥٨) — والحائز سواء كان حسن النية أو سيئها يكون هو المسئول لا المالك (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ من ١١٢) — والبناء فى أثناء تشييده أو ترميمه تكون =

وقد يكون الحارس شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة أو أحد الأشخاص المنوبة العامة . .

وقد يحمل القانون للحارس حق الرجوع على شخص آخر مسئول نحوه كمهندس البناء والمقاول وهما مسئولان عما يحدث في خلال عشر سنوات من ضرر عن تهمد البناء (م ٦٥١ من التقنين الجديد) ، وكالستأجر وهو مسئول عن صيانة العين المؤجرة ، وكالبائع وهو ضامن للعيب الخفى .

٧١٤ — البناء: والبناء هو مجموعة من الموادهما كان نوعها — خشباً أو حجيراً أو جيبساً أو حديداً أو كل هذا معاً أو شيئاً غير هذا — شيدتها يد إنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار . ويستوى أن يكون البناء معدداً لسكنى إنسان أو لإيواء حيوان أو لإيداع أشياء . فالبيوت والزرابي والمحازن تعتبر بناء . بل قد لا يكون البناء معدداً لشيء من ذلك ، فالخائط المقام بين حدين بناء ، والعمد التذكارية وما إليها من تماثيل مبنية على سطح الأرض بناء ، وكذلك القناطر والغزانات والسدود والجسور (الكبارى) وكل ما شيد في باطن الأرض بناء ، كالأنفاق والمصارف والمجارى وأنابيب المياه والغاز . ويعتبر كل هذا بناء ولو لم يتم تشييده ، فإذا أحدث تهمده ولما يزل في دور التشييد ضرراً كان الحارس — وهو المقاول عادة — مسئولاً عنه .

== المسئولية فيه على المقاول دون المالك (استئناف مخطط في ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٢ م ٣٠٦ — وفي ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ١٢٢) . فإذا تمت الأعمال وسلم البناء للمالك ومضت مدة كافية على ذلك ، رجعت إليه المسئولية ، على أن يرجع على المقاول إذا كان هناك وجه لتلك (استئناف مخطط في ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ م ١٩٦ — وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ١٣٢) — مقاول أعمال البناء مسئول عن تسرب المياه تحت الأرض (استئناف مخطط في ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٥٢) — إذا كان أحد شركاء البناء هو المتصرف على عملية البناء ، فهو وحده المسئول دون سائر شركائه ودون المقاول الذى كان مقتصرأ على توريد الأنفاق (استئناف وطنى في ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م ١٩٣٥ م ٢٧ م ٤٦٥) — وفي المسئولية عن المصعد (استئناف مخطط في ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٢٧ م ١٩٧ -- وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ٣٦٢ — وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٢٧٦) .

ولا يعتبر بناء المقار بالتخصيص كالصاعد . وكذلك الأرض لا تعتبر بناء ، فإذا تطايرت منها شظايا أضرت بالنير ، فلا يعتبر هذا الضرر قد أحدثه تهدم البناء .

§ ٢ — تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر

٧١٥ — تحليل هذا الشرط : يجب أن يكون الضرر الذى أصاب للضرور ناجماً من تهدم البناء . فننظر فيما يعتبر تهدماً وما لا يعتبر كذلك .

٧١٦ — ما يعتبر تهدماً : تهدم البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض التى يتصل بها اتصال قرار . ويستوى أن يكون التهدم كلياً أو جزئياً ، كما إذا وقع سقف أو تهدم حائط أو انهارت شرفة أو سقط سلم . ويستوى كذلك أن يكون البناء قديماً أو جديداً ، معيباً أو غير معيب ، فلو تخرب مبنى بسبب قذمه أو بسبب حادث كأن يرمى بالقنابل فى غارة جوية ، فإن تهدمه بعد ذلك تهدماً كلياً أو جزئياً إذا أحدث ضرراً يرتب مسئولية فى ذمة حارس البناء بمقتضى خطأ مفترض .

٧١٧ — ما لا يعتبر تهدماً : ولا يكفي أن يكون الضرر آتياً من البناء ، ما دام هذا البناء لم يهدم كله أو بمضه . فلو أن شخصاً زلقت رجله وهو يمشى فى غرفة دهنت «أرضيتها» دهاناً جعلها زلجة فأصيب بضرر ، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً عن تهدم البناء ، وعليه أن أن يثبت خطأ فى جانب المسئول .

ولو أن جسماً صلباً سقط من نافذة فى مبنى فوقع على شخص أصيب من إجراء ذلك بأذى ، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً من تهدم البناء ما دام سقوط الجسم الصلب لم يكن نتيجة لتهدم العاقلة^(١) .

(١) وقد كان المصروع التهميدى يشتمل على نص (م ٢٤٦ من هذا المصروع) يقضى بما يأتى :
« كل من يقم فى مسكن يكون مسئولاً عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقى أو يسقط من هذا المسكن ، =

ويجب أن ينجم الضرر عن تهمد البناء تهدماً فعلياً ، لا عن مجرد أن يكون البناء مهدداً بالسقوط أو التهمد . وقد كان القانون الروماني في هذه الحالة يحمل الحق للشخص المهدد أن يستولى على البناء وأن يصالح ما به من الخلل . واتباع القانون الفرنسي القديم هذه القاعدة ، دون أن يحمل للشخص المهدد حق الاستيلاء على البناء . أما التقنين الفرنسي الجديد فلم ينص على هذا التدبير الوقائي . وسار التقنين اللدني المعري القديم على نهج القانون الفرنسي في عدم النص على ذلك . ولكن التقنين اللدني الجديد أجاز في هذه الحالة اتخاذ تدابير وقائية ، وقد رأينا نص في الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ على ما يأتي : « ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يحم المالك بذلك ، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وقد احتذى المشروع مثال بعض التقنينات الأجنبية ، قرر بين أحكام المسؤولية عن البناء قاعدة خاصة بشأن ما يتخذ من التدابير الوقائية التي لا تنطوى على معنى التعميـض . ويمكن لإعمال هذه القاعدة أن يحقق معنى التهديد بوقوع الضرر من جراء البناء دون أن يقع فعلاً . فلن يتهدد هذا الضرر أن يكلف المالك ، دون الحارس ، باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر . فإذا لم يستجب مالك البناء لهذا التكليف ، جاز للمحكمة أن تأذن لمن

== لم يثبت أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . وقد أقرت لجنة المراجعة هذا النص . ووافق عليه مجلس النواب . ولم توافق عليه أغلبية لجنة القانون اللدني بمجلس الشيوخ ، لأنها آثرت أن تظل المسؤولية في نطاق ما يقضى به النص خاضعة للقواعد العامة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « عمد المشروع إلى تعزيز أحكام المسؤولية عن البناء بإيراد قاعدة تنطبق بالمسؤولية عما يلحق أو يسقط من السكن ، ويراعى أن الضرر في هذه الحالة لا يحدث بسبب البناء نفسه أو بسبب جزء منه أو بسبب ما يقبضه من الملحقات ، بل بسبب ما يلحق أو يسقط منه متى كان مخصصاً للسكن ، فيفترض خطأ ساكن البناء في هذه الصورة ، ويلزم بالتعميـض ، إلا أن يقيم الدليل على أن الحادث وقع من جراء سبب أجنبي . وتختلف هذه المسؤولية عن المسؤولية الصامة عن البناء من وجوه ثلاثة : (١) فهي لا تترتب بناء على ضرر ينجم عن البناء أو أجزائه أو ملحقاته (ب) وهي لا تقم على عائق الساكن (ج) وهي لا ترتفع إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٩ في المامش) .

يتهدده الضرر باتخاذ هذه التدابير على حساب الثالث^(١) .

والحريق غير التهدم ، فإذا احترق بناء وامتدت الحريق إلى مبان مجاورة . فأصعبت بضرر ، لم يكن هذا الضرر ناجماً عن تهدم البناء ، حتى لو كان البناء المحترق انهدم عقب الحريق مباشرة نتيجة لهذا الحريق فأصاب الغير بالضرر^(٢) .

المطلب الثاني

الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن تهدم البناء

٧١٨ — مسألتان : متى تحققت مسؤولية حارس البناء على الوجه الذي تقدم ذكره ، قامت هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب الحارس كما ينبتا . فنفصل الآن ما هو هذا الخطأ ، وإلى أى حد هو مفترض .

(١) مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٤٣١ (وانظر في هذا المعنى المادتين ٩٨/٩٠ من التقنين التونسي والمراكشي ، والمادة ٥٩ من تقنين الالتزامات السويسري ، والمادة ١٥١ فترة ٢ من التقنين الولوني . وانظر عكس ذلك المادة ١١٦٦ من التقنين الأرجنتيني) .

(٢) أما إذا انهدم البناء بعد الحريق بمدة كافية ، ولو كان الانهدام نتيجة الحريق ، كان الضرر الذي يحدث ناجماً عن تهدم البناء . هذا وقد صدر قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ في فرنسا ، أضاف فترة جديدة إلى المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي ، وقضى بأن الحائز للمقار أو المنقول ، إذا شب فيه حريق ، لا يكون مسئولاً عن الضرر الذي يلحق الغير إلا إذا ثبت حصول الحريق بخطأ الحائز — أما في العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر ، إذا احترق العين المؤجرة ، فقد نصت المادة ٥٨٤ من التقنين المدني الجديد على أن المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا بد له فيه ، فإذا تعدد المستأجرون للمقار واحد ، كان كل منهم مسئولاً عن الحريق بنسبة الجزء الذي يشغله ، ويتناول ذلك المؤجر إن كان مقماً في المقار ، هذا ما لم يثبت أن النار ابتعدت شويهاً في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولاً عن الحريق .

هذا والمسئولية عن تهدم البناء غير المسئولية عن الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، ولو كان هذا البناء يتطلب حراسته هذه العناية الخاصة ، كمنصنع لعمل المرفقات ، فإذا تهدم هذا المنصنع ، فأصاب الغير بضرر ، كان النص الواجب التطبيق هو المادة ١٧٧ لا المادة ١٧٨ ، فيجوز لحارس المنصنع أن يخلص من المسئولية لا بإثبات السبب الأجنبي فحسب ، كما هو الأمر في المادة ١٧٨ ، بل أيضاً بإثبات أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قسمة البناء أو عيب فيه . أما إذا وقع الضرر من المرفقات ذاتها لا من تهدم المنصنع ، وجب تطبيق المادة ١٧٨ ، ويكون لحارس المرفقات مسئولاً ولا يتخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبي .

١٥ - ماهو الخطأ

٧١٩ - ما الذى يَتَبَيَّنُ المضرور : تقدم أن حارس البناء مسئول عن تهلمه ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه .
فالمضرور هو الذى يكلف أولاً بإثبات أمرين :

١ - أن الضرر الذى أصابه نجم عن تهلم البناء تهلماً كلياً أو جزئياً . وقد يينا متى يصح الضرر عن تهلم البناء .

٢ - أن المدعى عليه هو حارس البناء الذى تهلم . وقد يينا كيف يتحدد حارس البناء .

٧٢٠ - ما الذى يَتَبَيَّنُ حارسى البناء : فإذا ما أثبت المضرور ذلك ، كان على حارس البناء ، حتى يدفع مسئوليته عن طريق نفي الخطأ ، أن يثبت أن تهلم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه^(١) .

فإذا لم يستطع إثبات ذلك افترض القانون أمرين :

(أولاً) أن التهلم سببه إما إهمال فى صيانة البناء أو قدم هذا البناء أو وجود عيب فيه .

(ثانياً) أن هذا الإهمال أو القدم أو الميب منسوب إلى خطأ حارس البناء ، فهو الذى قصر بأن لم يمن عناية كافية بصيانة البناء أو بتجديده أو بإصلاحه ، فترتب على هذا التقصير أن تهلم البناء .

ومن ثم نرى أن مسئولية حارس البناء تقوم على خطأ مفترض فى جانبه ، هو الإهمال فى صيانة البناء أو فى تجديده أو فى إصلاحه ، حتى تداعى البناء وتهلم فأصاب الغير

(١) أما فى التفتين المدنى الفرنسى ، فقد قلنا أن المضرور هو الذى يجب عليه أن يثبت فى جانب مالك البناء إهمالاً فى الصيانة أو عيباً فى البناء . فالإهمال فى الصيانة أو الميب فى البناء غير مفترض فى التفتين الفرنسى ، بل يجب على المضرور إثباته . وهو فى التفتين المصرى الجديد مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، ولحرس البناء هو الذى يثبت أن تهلم البناء لا يرجع سببه إلى ذلك كما رأينا .

بالضرر^(١).

§ ٢ — إلى أى حد هو مفترض

٧٣١ — الخطأ المفترض ذو شقين ، أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر غير قابل

لذلك : هذا الخطأ المفترض في جانب حارس البناء هو كما رأينا خطأ ذو شقين ، الشق الأول منه يقوم على أن التهم سببه إهمال في صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه ، والشق الثاني يقوم على أن هذا الإهمال منسوب إلى خطأ الحارس .

والشق الأول من هذا الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس ، أما الشق الآخر فلا يقبل .

وتفصيل ذلك أن حارس البناء يستطيع أن ينفي الشق الأول ، بأن يثبت أن التهم ليس سببه إهمال في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه . وهو يستطيع ذلك بإحدى وسيلتين : إما بإثبات أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة أو إلى تجديد أو إلى إصلاح ، بل كان الحارس قائماً كما ينبغي بصيائه وتجديده وإصلاحه ، وإما بإثبات أن التهم كان نتيجة لسبب غير الحاجة إلى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح ، كحريق شب في البناء أو متفجرات دمرته أو قتابل أقيمت عليه أو نحو ذلك . فإذا قام بهذا الإثبات ، دفع عن نفسه الخطأ المفترض ، ووجب تطبيق القواعد العامة ، وتعين على الضرور أن يثبت خطأ في جانبه^(٢) .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قتل أحد سكان المنزل خطأ نتيجة عدم اتخاذ مالكه الاحتياطات اللازمة لحماية السكان عند إجراء إصلاحات به ، فإنه لا يشترط لمسئولية صاحب المنزل أن تكون هناك راجلة قانونية بينه وبين المجنى عليه : قضت جنائي في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٤٣٢ من ١٤٦٣] .

(٢) لكن إذا ثبت أن التهم وقع في أثناء القيام بهم البناء أو إصلاحه ، فإن كان التهم راجعاً إلى إهمال في الصيانة أو إلى عدم في البناء أو إلى عيب فيه ، تحققت المسئولية بمقتضى الخطأ المفترض . أما إذا كان التهم لم يقع إلا نتيجة لإهمال أو للإصلاح ، وجب تطبيق القواعد العامة وإثبات الخطأ في جانب المسئول . وقد قلنا أن البناء إذا شبت حريق فيه أو خرجت متفجرات أو قتابل ، وفي غرضاً ، ثم تهدم بذلك ،

أما إذا لم يستطع أن ينفى الشق الأول ، بقى هذا الشق مفترضاً في جانبه . وكذلك يبقى الشق الثانى مفترضاً لأن افتراضه لا يقبل إثبات المكس ، ويعتبر الإهمال في الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوباً إلى خطئه . ولا يستطيع الحارس في هذه الحالة أن يدفع عنه المسؤولية إلا بنفى علاقة السببية ما بين تهمد البناء والضرر الذى وقع ، بأن يثبت مثلاً أن زلزالاً كان هو السبب في التهمد وهذه هي القوة القاهرة ، أو أن عدواً مفيداً هو الذى خرب البناء وهذا هو خطأ الغير ، أو أن المضرور نفسه هو الذى منع حارس البناء من القيام بأعمال الصيانة أو التجديد أو الإصلاح وهذا هو خطأ المضرور .

ولما كان عديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه ، وكانت مسؤولية حارس البناء قائمة على خطأ مفترض ، فحارس البناء لا يجوز أن يكون عديم التمييز ، وتنقل الحراسة إلى من يقوم مقامه من ولى أو وصى أو قيم . وهذه هي القاعدة في كل مسؤولية تقوم على الحراسة كالمسئولية عن الحيوان والمسئولية عن الأشياء^(١) .

٧٢٢ - الخطأ المفترض لا يقوم عند قيام عهدة عصرية : والخطأ المفترض بشقيه لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين حارس البناء والمضرور . فإذا كان المضرور هو مستأجر البناء مثلاً وتهمد البناء فأصابه بالضرر ، رجع للمستأجر على المؤجر بمقتضى مسؤولية عقدية مصدرها عقد الإيجار ، ولا محل للمسئولية التقصيرية^(٢) . وإذا كان المضرور نزيراً

قامت المسؤولية على الخطأ المفترض . أما إذا تهمد البناء فوراً بشيوب الحريق أو بفعل المتفجرات أو القنابل ، لم تهم المسؤولية على خطأ مفترض ، بل طبقت القواعد العامة ، ووجب إثبات الخطأ في جانب المسئول .

(١) [قارن أحمد حشمت أبوسبت من ٥٠٤ هامش ١ ، عبد النعم فرج الصدة من ٥٧٠ ، وسليمان مرقس نهاية فقرة ٥٠٨ من ٦٧٤ حيث يرون تحقق المسؤولية قبل حارس البناء ولو كان غير مميز . وانظر مع ذلك أنور سلطان فقرة ٥٥٩ من ٥٢٤] .

(٢) انظر عكس ذلك مصطفي مرعى في المسؤولية المدنية فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٢ ، وما أورده من أحكام القضاء المصرى . وانظر عكس ذلك أيضاً : استئناف مختلف في ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ١٥٤ - وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ١٧٢ - وفي ٥ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٥ من ٤٨٥ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٤٠ .

في فندق ، فصاحب الفندق مسئول قبله بمقتضى العقد لا بمقتضى مسئولية تقصيرية . وقد قدمنا أن المسئولية العقدية تنفي المسئولية التقصيرية .

أما إذا كان للضرور خادماً لحارس البناء أو تابعاً له ، فإن العقد في هذه الحالة لا يلزم المتبوع بأن يكفل سلامة التابع ، فيكون الحارس مسئولاً قبل التابع بمقتضى المسئولية التقصيرية ، ويقوم الخطأ المفترض على الوجه الذى يبناه .

المبحث الثالث

مسئولية حارس الأشياء (*)

٧٢٣ — النصوص القانونية وتطور المسئولية عن الأشياء : لم يشتمل التقنين اللدى

(*) بعض المراجع : سالى في حوادث العمل والمسئولية المدنية (سنة ١٨٩٧) — جوسران في المسئولية عن فعل الشيء (سنة ١٨٩٧) والوجيز ٢ فقرة ٥٢٩ — فقرة ٥٥٥ — بلانيول دراسات في المسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠) — لازو ٢ فقرة ١١٣٨ — فقرة ١٣٦٨ — جوميه في تطور جديد في نظرية المسئولية المدنية (المجلة الفصلية ١٩٢٧ ص ٨٩٣) — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦١٢ — فقرة ٦٢٥ — كولان وكايهان ولامورانددير ٢ فقرة ٣٦٦ — فقرة ٣٧٩ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٠٤٢ — فقرة ١٠٨٣ — الرسائل : يوزيه (Pisier) باريس ١٨٩٩ — بونيه (Bonnet) بوانتييه ١٩٠٨ — فيفى (Vilry) ليل ١٩٢٢ — توزان (Taudin) باريس ١٩٢٥ — بيدون (Besson) ديجون ١٩٢٧ — ديلاكرواه (Delacroix) تولوز ١٩٢٨ — ليسبر (Luceo) رن ١٩٢٨ — كورنى (Cornu) مونفيليه ١٩٢٩ — كاهيرن (Caherne) رن ١٩٢٩ — لارتيج (Lartige) تولوز ١٩٣١ — الدكتور برسوم القاهرة ١٩٣١ — جريبوى (Gerbouille) باريس ١٩٣٢ — ليمان (Libmann) استراسبورج ١٩٣٣ — بيشيه (Bichet) ديجون ١٩٣٣ — دافيد (David) ليل ١٩٣٤ — فورز (Forse) مونفيليه ١٩٣٦ — لاردنوايه (Lardennois) نانسى ١٩٣٦ — بينيكس (Beinelx) باريس ١٩٣٧ — فيزيل (Fiesel) باريس ١٩٣٧ — سن (Sen) باريس ١٩٣٩ — لانديل (Landelle) رن ١٩٤٠ — ليفيهر (Lefebvre) باريس ١٩٤١ — جولفمان (Goldmann) ليون ١٩٤٧ — اللوجز للمؤلف فقرة ٣٦٣ — فقرة ٣٧٧ — مصطفى مرعى في المسئولية المدنية فقرة ٣٠٩ — فقرة ٣١٧ — حشمت أبو سنيت فقرة ٥٢٠ — فقرة ٥٢٦ — سليمان مرقس في الفصل الضار فقرة ١١٣ — فقرة ١٢١ . [محمد ليب حنف في المسئولية عن الأشياء سنة ١٩٥٧ — أنور سلطان فقرة ٥٦١ — ٥٦٩ — عبد الحم فرج الفصل فقرة ٥٢٩ — ٥٣٥] .

التقديم على نص خاص لتحديد مسئولية حارس الأشياء ، فكانت هذه المسئولية تترك للقواعد العامة .

وقد تطورت المسئولية عن الأشياء غير الحية (*choses inanimées*) تطوراً سريعاً منذ بداية القرن العشرين . فقد كانت بادئ الأمر قائمة على أساس وجوب إثبات خطأ في جانب المسئول . ولم يفكر واضعو التقنين المدني الفرنسي في تخصيص قاعدة لهذا النوع من المسئولية . بل إن المشرع الفرنسي عند ما قرر للمسئولية عن الأشياء في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ ، فنص على أن « الشخص مسئول ... عن الأشياء التي تكون في حراسته » ، لم يكن يقصد إلا الحالتين اللتين نص عليهما بعد ذلك ، وهما المسئولية عن الحيوان والمسئولية عن البناء ، بعد أن مهد لها بهذه العبارة العامة . أما سائر الأشياء غير الحيوان والبناء ، فما لا ريب فيه أن المشرع الفرنسي لم يرد أن يستثنيها من القاعدة العامة للقررة لمسئولية الإنسان عن فعله ، وهي القاعدة التي قررها في المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ . فكل ضرر يصيب الغير من شيء يسأل عنه صاحب هذا الشيء إذا أثبت للضرر خطأ في جانبه ، ولا فرق بين أن يصيب الإنسان غيره بالضرر بفعله المباشر أو بواسطة شيء في يده . وقد سار الفقه والقضاء في فرنسا على هذا الرأي وقتاً طويلاً حتى أواخر القرن التاسع عشر .

ولكن للنظم الاقتصادية لم تبق على حالها ، بل أحدثت المخترعات الحديثة تطوراً عظيماً ، قامت الصناعات الكبيرة ووسائل النقل السريعة ، وسخر الإنسان القوى الطبيعية لخدمته ورفاهيته ، ولم يبال أن تكون قوى عمياء لا يسيطر عليها كل السيطرة ، فهي إذا ما أفلتت من يده — وكثيراً ما تفلت — لا يلبث أن يكون ضحيتها . وكان لذلك أكبر الأثر في تطور المسئولية عن الأشياء . فإن من يستخدم هذه المخترعات ، فيعرض الأرواح للخطر ، والأموال للتلف ، من الحق أن يكون خاضعاً في المسئولية عن الضرر الذي تحدثه هذه الأشياء لقاعدة أشد من القاعدة التي يخضع لها في مسئوليته عن فعله الشخصي . وإذا بقينا نشترط إثبات خطأ في جانب صاحب الشيء ، فإنه يتعذر على المضرور في أكثر الأحوال إثبات هذا الخطأ . لذلك تلمس الفقه والقضاء في فرنسا طريقاً يجعلان به عبء

الإثبات على صاحب الشيء لا على المضرور ، فيتمشى القانون بذلك مع التطور الاقتصادى والحاجات الاجتماعية ، فأخذ يتوسعان فى تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى^(١) ، فجعلها تقرر المسؤولية عن الأشياء على أساس خطأ مفترض فى جانب من يوجد الشيء فى حراسته^(٢) .

(١) قبل أن يتوسع لفته والقضاء فى فرنسا فى تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ توسلا بطريقتين آخرين : (أ) الطريق الأول هو تطبيق للمسئولية العقدية على حوادث العمل وحوادث النقل ، وهذه هى أكثر الحوادث شيوعاً . أما عن حوادث العمل ، فقد كانت المحاكم الفرنسية تقضى ، قبل صدور تصريح سنة ١٨٩٨ ، بأن العامل للمصاب يجب أن يثبت خطأ فى جانب رب العمل حتى ينال تعويضاً . ولما كان الإثبات فى أكثر الأحوال متعزراً ، فقد كان العامل هو الذى يتحمل الحسارة وحده ، وقلما كانت ينجح فى دعوى التعويض التى يرفنها على صاحب للمنص . فقام قتيبان ، أحدهما فى فرنسا (Sauzet) والآخر فى بلجيكا (Saintelette) ، يذهبان إلى أن مسئولية رب العمل نحو العامل مسئولية عقدية ، لأنه الزم بمقتضى عقد العمل أن يحافظ على سلامة العامل من مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل من مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل الزم رب العمل أن يعرضه عن الضرر الذى أصابه ، إلا إذا أثبت أن الإصاية لا ترجع إلى خطأ فى جانبه ، وبذلك يتحمل رب العمل لا العامل عبء الإثبات . وقد صادفت هذه النظرية نجاحاً فى الفقه ، فتبناها بعض الفقهاء ، إلا أن القضاء لم يأخذ بها . ثم صدر بعد ذلك تصريح سنة ١٨٩٨ فمدت المسألة أهميتها العملية . أما عن عقد النقل ، فقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المادة ١٧٨٤ من القانون المدنى الفرنسى ، التى تجعل أمين النقل مسئولاً عن تلف البضائع ما لم يثبت أن تلفها كان قضاء ، وقلداً أو بقوة قاهرة ، يمكن تطبيقها على قتل الأشخاص ، فإذا أصيب شخص بضرر فى أثناء النقل كان أمين النقل مسئولاً ، ويقع عبء الإثبات عليه إذا أراد الخلاص من المسئولية ، ذلك أنه الزم بالمقد أن يحافظ على سلامة المتمدن معه . ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ فى أول الأمر بهذا المنهج . وإن كان قد أصبح يميل إليه فى أكثر أحكامه . (ب) والطريق الثانى هو التوسع فى تفسير المادة ١٣٨٦ ، فقد أخذ القضاء الفرنسى فى أواخر القرن التاسع عشر يتوسع فى تفسير كلمة « البناء » ، فأدخل فيه الشجر والآلات بل والمتنولات الأخرى ، وأصبح صاحب الشيء — عقاراً كان أو منقولاً — بعد هذا التفسير مسئولاً عنه بمجرد أن يثبت المصاب عيباً فى الشيء أو قصراً فى تصدده ، قياساً على البناء . ولا خلاص من المسئولية إلا إذا أثبت أن الحادث قد وقع قضاء وقدر أو بقوة قاهرة أو بفعل النيران أو خطأ المصاب ، فصار عبء الإثبات على صاحب الشيء . غير أن هذا التفسير يتناقض تنافساً صريحاً مع نص المادة ١٣٨٦ ، فهى تذكر « البناء » و « التهديم » ، والفرق كبير بينهما وبين ما نفسر به النص بما تقدم ذكره . لذلك لم يثبت القضاء الفرنسى طويلاً على هذا التفسير ، ، وعُدل عنه إلى متابة الفقهاء الذين وجعوا فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ تكتة يستندون إليها فى تحرير المسئولية عن الأشياء .

(٢) وقد حاول بعض الفقهاء فى فرنسا أن يسوغ من نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ نظرية عامة يجعل فيها صاحب الشيء تحت (théorie des risques) دون أن تستند المسئولية فى ذلك إلى أى خطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفترضاً . وفى مقدمة هؤلاء الفقهاء سالى (Saleilles) وجوسران (Josseland) ، ==

على أن هذا الأساس الجديد الذى بنيت عليه المسئولية عن الأشياء — وهو الخطأ المفترض فى جانب الحارس — بقى فى تطور مستمر منذ مستهل القرن العشرين إلى اليوم . فقد كان افتراض الخطأ بادى الأمر قابلاً لإثبات العكس ، ثم أصبح غير قابل لذلك . وكان الخطأ المفترض مقصوراً على الأشياء المنقولة ، ثم جاوزها إلى العقار . وكان يستثنى من دائرة الخطأ المفترض الأشياء التى يحركها عمل الإنسان كالسيارات ونحوها ، ثم عمت القاعدة فشملت جميع الأشياء . وكان هناك تفريق بين الشيء الخطر ، يكون الخطأ فيه مفترضاً ، والشيء غير الخطر ، يطلب فيه إثبات الخطأ ، ثم زالت هذه التفرقة . وهكذا أصبحت دائرة الخطأ المفترض تتسع لأى شيء ، منقولاً كان أو عقاراً ، متحركاً بقوته الذاتية أو محركاً بيد الإنسان ، خطراً أو غير خطر . ولم يستثن القضاء الفرنسى إلا معنى « الحراسة » (garde) . فهو يبنى المسئولية عن الشيء على « خطأ فى حراسته » (faute dans la garde) . وهذا الخطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ولا يعرف بين النظريات القانونية نظرية تطورت بالسرعة والخطورة التى تطورت بهما نظرية المسئولية عن الأشياء ، فقد انقلبت فى بضع عشرات من السنين إلى النقيض مما قصده المشرع . ولا شك فى أن المحاكم الفرنسية كان قضاؤها قضاء اجتهاد لا قضاء تفسير ، وهى قد تمشت فى ذلك لا مع النصوص القانونية كما قصد إليه المشرع وقت وضع التشريع ، بل مع ما يجد من الحاجات الاقتصادية . وأيد الفقه القضاء فى ذلك ، وتضافر كلاهما على وضع أسس لنظرية جديدة تكون أكثر انطباقاً على مقتضيات المدنية بعد تطور الصناعة وتقدم المحترقات .

أما فى مصر فكانت الحالة فى التقنين المدنى القديم تختلف عنها فى فرنسا من حيث النصوص القانونية . فالتقنين القديم لم يتضمن نصاً يقابل الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ ، وقد رأينا أن القضاء الفرنسى قد استند إلى هذا النص فى تأسيس نظريته الجديدة فى المسئولية

== ولكن القضاء لم يتش إلى هذا الحد ، بل استمر يرى أساس المسئولية عن الأشياء خطأ فى جانب الحارس .

عن الأشياء . وقد تضمن القضاء المصرى أحكاماً تنهـب إلى جعل المسئولية عن الشيء مبنية على خطأ مفترض في جانب الحارس^(١) ، وبنت أحكام أخرى هذا المبدأ على أساس المسئولية التقديرية^(٢) ، وقاس بعض الأحكام المسئولية عن الشيء على المسئولية عن الحيوان^(٣) . بل هناك بعض الأحكام المصرية ما ذهب إلى أبعد من هذا ، فقال بنظرية تحمل التبعة دون أن يستند في ذلك إلى نص معين^(٤) . ولكن القضاء للمصرى في مجموعه كان لا يزال يرى أن المسئولية عن الشيء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ في جانب الحارس^(٥) . ولم يكن في الواقع من الأمر مستطيعاً — من حيث النصوص القانونية —

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٩ — وفي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ س ١٥٤ — وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢١٨ س ٢٣٥ — وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٤ س ٧٦٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ س ١٦٠ — وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ س ٥٩ — وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ س ٣٧ — وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ س ٧٥ .

(٢) استئناف مختلط في ١٤ يـونـية سنة ١٨٩٩ م ١١ س ٢٨٠ — وفي ٣ يـونـية سنة ١٩٠٣ م ١٥ س ٣٣٥ — محكمة البيان الجزئية الوطنية في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١/٩٣ .

(٣) محكمة استئناف أسيوط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٦ س ٢٤٤ .

(٤) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٧ س ٥٦٠ — محكمة الزقاقين الكلية في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ س ١٦٩ (وقد خلط هذا الحكم بين الخطأ المفترض ومذهب تحمل التبعة) وانظر أيضاً محكمة مصر الكلية المختلطة في ١٤ يـونـية سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٢٩٥ س ٢٣٣ — وفي ١٧ يـونـية سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ س ١٩٥ .

(٥) استئناف وطني في ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ س ٤ — وفي ١٩ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥ س ١٠ — وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ س ٥٠ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ س ٢٤٧ — وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٩٠ س ١٤٩ — وفي ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ س ١١٠٤ .

ولكن القضاء المصرى كان يساهل كثيراً في استخلاص الخطأ من الواقع . وقد جاء في الموجز للـؤلف (فقرة ٣٧٢ س ٣٧٨) في هذا المعنى ما يأتي : « فالقضاء المصرى يتشدد في إلزام من يكون الشيء في حراسته باليقظة والانتباه (استئناف وطني في ١٩ مايو سنة ١٩١٤ القرارات ١ س ٢٤٦ — وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ س ١١ — استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ س ١٨٠ — وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ س ٢٠ — وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ س ٤١ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ س ٤٩١ — وفي ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٧ س ٣٥٨) — ثم هو =

== يتسائل في تخفيف عبء الإثبات على المصائب (استئناف مخطوط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٤١٥ — وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ م ١٥) — فهو في الواقع يستبدل بالقرينة القانونية التي يقيم القضاء القرينة قضائية يستخلصها من وقائع الدعوى (استئناف مخطوط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٣٤ — وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٨٤ م ١٦٩ م ٥). وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر الوطنية في ٢٩ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٥٦ — ٣٢٦ — وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٠٨ م ٨٩٢ — وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٣٥ م ٨٢٤ — وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٤٥ م ٨٤١ — استئناف مخطوط في ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ م ٢٧٦ — وفي ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ م ٢٨٨ — وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ م ١٥٩ — وفي ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ م ١٨٠ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ١٨٨ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ م ٩٣ — وفي ٢٩ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ م ٥ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت محكمة الموضوع بإلزام وزارة الأشغال العمومية بتعويض الضرر الناشئ عن الحلل التي أحدثته في منزل المدعى تسرب المياه إليه نتيجة كسر أنبوبها، وأسست تقريرها على خطأ الوزارة لتقصيرها في مراقبة الأنابيب وملاحظتها وتبنيها في باطن الأرض والكشف عليها من أن آخر لفتاً كد من سلاستها ودوام صلاحيتها، فهذا الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (قضى مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ م ٣٩٨).

ومهما يكن من أمر، فإن القضاء المصري كان يصرح بوجوب إثبات الخطأ. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأن القانون المدني المختلط لا يعرف لا المسؤولية المادية ولا المسؤولية القائمة على خطأ مفترض من الأشياء غير الحية (استئناف مخطوط في ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٤٨٦)، وقضت أيضاً بأن المسؤولية عن الأشياء غير الحية لا تقوم على خطأ مفترض، بل يجب على المضرور إثبات الخطأ، وتقوم القرائن القضائية مقام القرائن القانونية (استئناف مخطوط في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ م ٢٦٩ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٣٤). وكان لا بد من إثبات خطأ في المسؤولية عن الحريق (استئناف مخطوط في ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ م ١٦١ — وفي ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ م ٣٩٠ — وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ٣٦٢ — وفي ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ م ١)، وهذا هو أيضاً ما نص عليه قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ في فرنسا، أما في التقنين المدني الجديد في مصر فالمسؤولية عن الأشياء التي تحتاج حراستها إلى عناية تقوم على خطأ مفترض حتى لو كان الضرر قد نجم عن الحريق. وكان لا بد من إثبات خطأ أيضاً في المسؤولية عن السيارات ومركبات النقل (استئناف مخطوط في أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ م ٦٤ — وفي ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ م ١٨١ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٣ م ١٨٢ — وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ م ١٨٠ — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٣٠٦ — وفي ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٣٥٨ — وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ م ١٨١).

[كما قضت محكمة استئناف مصر بأن الشارع المصري لا يعرف المسؤولية التقصيرية المترتبة على مجرد ملكية الشيء، وما دام لم يقيم الدليل على إحمال المالك وتقصيره في المحافظة على ملكه فلا يسأل عن الضرر الواقع على الغير من الشيء المملوك له : استئناف مصر في ٢٣ من يناير سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم للجنة ٥١ رقم ٢٣].

أن يجد ما يساعده على دعم نظرية جديدة مثل النظرية التي أخذ بها القضاء الفرنسي^(١) .
فجاء التقنين المدني الجديد بالنص للطلب . وراعى فيه حالة البلاد الاقتصادية ، وحاجات
الصناعات الناشئة ، فلم يطلق المسؤولية القائمة على خطأ مفترض لتشمل جميع الأشياء ، بل
قصرها على الآلات الميكانيكية وعلى الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة . وهى
مرحلة من مراحل التطور مر بها القضاء الفرنسي كما رأينا . فنصت المادة ١٧٨ من هذا
التقنين على ما يأتى :

« كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية
يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب
أجنبي لا يد له فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة »^(٢) .

(١) وقد جاء فى هذا النص فى الموجز للمؤلف ما يأتى : « ولكن القضاء المصرى فى مجموعه — أحياناً
كان أو غلطاً — لا يزال يرى أن المسؤولية عن الشيء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ فى جانب المارس .
فهو لا يزال فى الحالة التي كان عليها القضاء الفرنسى قبل تطوره الأخير فى أواخر القرن التاسع عشر .
وهو فى الواقع من الأمر لا يستطيع — من حيث النصوص القانونية — أن يجد ما يساعده على تدعيم نظرية
جديدة مثل النظرية التي أخذ بها القضاء الفرنسى . بل هو ليس فى حاجة — فى الوقت الحاضر — إلى
هذه النظرية الجديدة . فالظروف الاقتصادية فى مصر تختلف عنها فى فرنسا : الصناعة لا تزال فى عهد
الطفولة ، والآلات الميكانيكية لم تبلغ من الكثرة ما يجعلها خطراً دائماً على الحياة الاجتماعية ، بل إن
الصناعة الناشئة فى مصر تتطلب فى أول عهدها أن تشجع ، لا أن يقتل القضاء كاملها بالتشديد فى مسؤولية
أصحاب المصانع ، سيما أن تشديد المسؤولية يقتضى تقديم نظام التأمين ، حتى تستطيع أصحاب المصانع أن تواجه
ما تخافون به من خسائر فادحة تترتب على هذا التشديد . على أنه إذا وجد فى حالة مصر الاقتصادية
ما يستدعى التشديد فى المسؤولية عن الأشياء ، إما لحماية طائفة مستضعفة من طائفة العمال ، أو لردء الخطر
من ازدياد وسائل النقل وتكاثر السيارات وغيرها ، فإن القضاء المصرى قد طالع الأمر فى حزم وحكمة ،
فاستعاض عن القرينة القانونية التي قال بها القضاء الفرنسى بقرينة قضائية ، أسرع ما يكون إلى استخلاصها
إذا كانت الظروف تستدعى ذلك (الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٦ ص ٣٧٧) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « كل من
تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسئولاً عما تحدثه هذه
الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه . هذا مع عدم الإخلال
بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » . وقد أقرت لجنة المراجعة المادة على أصلها ، وأصبح رقمها ١٨٣ فى
المشروع الثانى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، قررت الأغلبية
فى أول الأمر حذف المادة اكتفاء بما تقرره القواعد العامة والأحكام الخاصة فى قوانين العمل . ثم رأت
اللجنة بعد ذلك أن تنتقل إلى التقنين من موقفيها الأول ، فعدلت النص على الوجه الآتى : « يكون الشخص =

وهذه الأحكام التي استحدثها التقنين المدني الجديد ليس لها أثر رجعي . فهي لا تسرى إلا على الحوادث التي تقع ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أى منذ نفاذ التقنين الجديد . والمبرة هنا ، كما في قواعد المسؤولية عن البناء ، بتاريخ وقوع الضرر الذي ينجم عن فعل الشيء ، فإذا وقع هذا الضرر في تاريخ سابق على هذا التاريخ فالتقنين القديم هو الذي ينطبق ، وإلا فالتقنين الجديد .

== مسئولان الأضرار الناشئة عن الأشياء الواقعة في حراسته إلا إذا أثبت وقوع الضرر كان غلطاً المضرور أو فعل الغير أو بقوة قاهرة أو حادث فجائي ، هذا مع عدم الإخلال بما ورد في ذلك من أحكام خاصة . نجحت النسب عاماً ينصرف إلى الأشياء جميعاً ، سواء ما كان من قبيل الآلات الميكانيكية أم غيرها . ثم عادت اللجنة أخيراً إلى النص الأصلي فأقرته مع تعديله تعديلًا طفيفاً بأن قدمت عبارة « أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة » على عبارة « الآلات ميكانيكية » ليكون المعنى أكثر وضوحاً . وبذلك انتهت اللجنة إلى قصر نطاق النص على الآلات الميكانيكية وما يتطلب من الأشياء عناية خاصة في الحراسة ، كما كان الأمر في المشروع التمهيدى . وأسع رقم المادة ١٧٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٣٤ — ص ٤٣٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « لم يورد التقنين المصرى (القديم) أى نص يتعلق بالمسئولية عن الجمادات . ولذا ذلك عند القضاء المصرى إلى تطبيق القواعد العامة بشأنها ، كما فعل في المسئولية عن البناء ، فجعل ترتيبها مقبوضاً بإقامة الدليل على وقوع خطأ من حارس الشيء . ولكنه جرى على التسامح كل التسامح في استخلاص هذا الخطأ . فهو يكتفى بأقل إعمال ، بل بمجرد العلم بما ينطوى في الشيء من أسباب الخطر ، لقول بتوافر الخطأ الذى تنبئ إقامة الدليل عليه . وهو بهذا يقيم قرينة قضائية على الخطأ ، يستعير بها عما تقرر النصوص من قرائن قانونية في هذا الصدد . فليس من العدل في شيء مثلاً أن يلقي عبء الإثبات على المضرور في حادث من حوادث السيارات ، إذ يخلب أن يتمتع عليه عملاً أن يقبض كيفية وقوع الحادث ، وليس شك في أن سائق السيارة أقدر من غيره على تطيل ما وقع . ولهذا الصلة اخذت المشروع فكرة الخطأ القروض ، مقتضياً في ذلك أثر التصرّيات الأجنبية ، بل وأثر القضاء الفرنسى فيه في مراحل تطوره الأخيرة . على أن المشروع لم يمس في هذا السبيل للنص من غايته . بل اجترأ بما تقتضيه أحوال البلاد في المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية . فهو لم يمتنع شأواً القضاء الفرنسى والمحدث من أحكامه فيما يتعلق بإطلاق حكم هذه المسئولية على الجمادات بجميع أنواعها ، بل اقتصر على الآلات الميكانيكية . وبوجه عام على الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة . وبعبارة أن هذا التخصيص قصد به إلى قصر الحكم على تلك الأشياء التى تحتاج لحراسة بسبب الخطر اللازم لها . وبهذا يكون من الميسور تصور إقامة قرينة على خطأ في الحراسة : انظر في هذا المعنى للادتين ١٥٢ و ١٥٣ من التقنين البنى واللادة ١٣١ من التقنين البولونى » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٣٥ — ص ٤٣٦) .

وقابل النص في التتيمات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٩ (مطابق) — اللي م ١٨١ (مطابق) المراق م ٢٣١ (مقارب) — اللبناني م ١٣١ — ١٣٢ (موافق) .

ونبحث الآن — كما بحثنا في الحالات الأخرى — متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية ، تطبيقاً للأحكام التى استحدثها القانون المدنى الجديد .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء

٧٢٤ — شرطان لتحقيق المسئولية : تتحقق المسئولية بتولى شخص حراسة شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ووقوع الضرر بفعل الشيء . فمعد ذلك يكون حارس الشيء مسئولاً عن هذا الضرر .

فمتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) أن يتولى شخص حراسة شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية (٢) أن يقع الضرر بفعل الشيء .

١٨ — حراسة شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية

٧٢٥ — تحليل هذا الشرط : لا تتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة شيء . فنبين معنى الحراسة وما هو المقصود بالشيء .

٧٢٦ — الحراسة : حددنا الحراسة فيما تقدم . فهى ليست فى يد مالك الشيء ضرورة ، ولا فى يد حائزه ، ولا فى يد المنتفع به . إنما الحراسة هى السيطرة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالاً ، سواء استقلت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند .

والمفروض أن المالك هو حارس الشيء ، وعليه هو ، إذا رفعت ضده دعوى للمسئولية ، أن يثبت أن الحراسة خرجت من يده وقت وقوع الحادث . ويبقى للمالك حارساً حتى لو أفلت الشيء من يده مادام لم تتخل عنه (abandon) فإذا ما تخلى عنه وأصبح سائبة (res nullius) زالت حراسته ، ولم تنقل الحراسة إلى أحد . وإذا كان المالك قد ملك

بمقد بيع ، فالبايع قبل التسليم هو الحارس ، ويصبح الحارس هو المشتري بتسليم الشيء إليه . ولو كان عقد البيع باطلاً أو قابلاً للإبطال أو موقوفاً فيه نقل للملكية وتسليم للمشتري الشيء فإنه يصبح حارسه ولو لم تنقل إليه الملكية ، لأن العبرة ليست بالملكية بل بالسيطرة الفعلية . والمالك تحت شرط فاسخ أو واقف يعتبر حارساً مادامت له السيطرة الفعلية على الشيء .

وقد تنقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمستفيد (usufruitier) والرهين رهن حيازة والحائز بنية التملك سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية ، مادامت السيطرة الفعلية على الشيء قد انتقلت من المالك إلى واحد من هؤلاء . فسارق الشيء يعتبر حارساً له ، أما مالك الشيء المسروق فيفقد الحراسة ولا يعتبر مسئولاً بمقتضى الخطأ للقرض ، ثم لا يكون مسئولاً إذا أثبت في جانبه إهمال أدى إلى سرقة الشيء . لاقطاع علاقة السببية ما بين هذا الإهمال والضرر . أما المستأجر والمستجير والمودع عنده وأمين النقل فتنتقل إليهم الحراسة إذا انتقلت إليهم السيطرة الفعلية على الشيء^(١) ، ويقلب أن يقع ذلك في المنقول^(٢) .

والتابع لا يعتبر في العادة حارساً للشيء ، فحارس السيارة هو في الأصل مالكها حتى لو كان لها سائق ، وحتى لو قاد السائق السيارة من غير أن يكون فيها صاحبها . فإذا ثبت

(١) [وقد قضت محكمة الاستئناف بأنه ما دام الثابت في الدعوى أن أحد التفانيش قد استأجر من وزارة الأوقاف الجرار بساتنه واستعمله في حراس قح له فإن مؤدى ذلك أن الواوور قد انتقل بساتنه إلى حيازة التفانيش ويترتب ساقته في هذه الحالة خاصاً إلى حسن توجيه مديري التفانيش ورقابتهم فيكونون وحدهم مسئولين عن نتائج التوجيه والرقابة للمتقنين لهم على السائق . فإذا ترك السائق الواوور إلى مساعد اختياره لإدارته وحدث أثناء إدارة هذا المساعد حريق في القمح نتج عن خروج بعض الشرر من ماسورة العادم ، فإنه لا تسأل وزارة الأوقاف على أساس مسئولية السائق الأصلي لأن الإدارة قد انتقلت إلى مديري التفانيش ، وكان في استطاعتهم إيقاف إدارة الواوور ما دام السائق الأصلي غير موجود :

استئناف مصر في ٢٣/١/١٩٤٩ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم السنة ٥١ المجلد ٢٥ رقم ٣٣ .]

(٢) على أنه إذا أعيرت سيارة بساتنها ، فإن المير في هذه الحالة يتبقى الحراسة عادة . وقد قضت محكمة النقض بأن المير لسيارة بساتنها يكون مسئولاً عن إهمال السائق إذا نشأ من هذا الإهمال حادث في أثناء قيامة بأموريته في مدة الاستعارة (نقض في ٨ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٤٦٤ م ١٩٣٢) .

خطأ في جانب السائق ، أمكنت مساءلة صاحب السيارة إما باعتباره متبوعاً ثبت خطأ تابعه ، وإما باعتباره حارساً مفترضاً في جانبه الخطأ . وإذا لم يثبت خطأ في جانب السائق ، لم يبق إلا مساءلة صاحب السيارة باعتباره حارساً . وقد ينقل المتبوع إلى التابع السيطرة الفعلية على السيارة ، فيصبح التابع في هذه الحالة هو الحارس . وفي جميع الأحوال إذا خرج التابع عن تعليمات متبوعه ، وقاد السيارة لمصلحة الشخصية أو استولى عليها دون علم صاحبها ، فإنه يعتبر في هذه الحالة حارساً ويكون مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض ، ويكون صاحب السيارة مسئولاً باعتباره متبوعاً .

وإذا أودعت السيارة في « الجراج » ، فإن كان صاحب « الجراج » له السيطرة الفعلية عليها فإنه يصبح الحارس ، وإلا فتبقى الحراسة عند صاحب السيارة ، وكذلك الأمر إذا ترك صاحب السيارة سيارته في مكان وقوف السيارات تحت رقابة مشرف ، ويقلب في هذه الحالة أن تبقى السيارة في حراسة صاحبها فيما يخرج عن عمل للمشرف^(١) .

والسيارة إذا سلمت إلى ميكانيكي لإصلاحها تنتقل في الغالب حراستها إليه ، لأنه يصبح صاحب السيطرة الفعلية عليها . ولا يبق صاحب السيارة حارساً في هذه الحالة ، إلا إذا أبقى السيارة تحت إشرافه وقت إصلاحها .

ومن يتعلم القيادة لا يكون حارساً للسيارة ، والحارس هو المعلم . وإذا خالف المتعلم إرشادات معلمه وتوجيهاته ، كان هذا خطأ ثابتاً في جانبه . أما للمتعلم لمن تعلم القيادة فلا يكون حارساً ، والمتعلم هو الذى يستبقى الحراسة .

(١) وعمل المشرف هو أن يستبقى السيارة في مكان معين فتصبح له الحراسة من هذه الناحية . وأما أجزاء السيارة وآلاتها فتبقى في حراسة صاحبها . فإذا قل شخص السيارة من مكان إلى آخر ، ولو لم يغير علم المشرف ، فأحدث ضرراً ، كان المشرف هو المسئول ، وإذا كان بالسيارة خلل أحدث ضرراً ، فإن المسئول عن هذا الضرر هو صاحب السيارة .

٧٢٧ - الشيء : كل شيء مادي غير حي فيما عدا البناء يدخل في هذا النطاق

ما دامت حراسته تقتضى عناية خاصة .

فالأشياء غير للمادية والحيوان والبناء لا تدخل في النطاق للتقدم الذكر . وقد سبق تحديد للمسئولية عن الحيوان وعن البناء . والمسئولية عن الحيوان لا تختلف في أحكامها من حيث الخطأ المفترض عن أحكام المسئولية عن الأشياء . أما المسئولية عن البناء فتختلف ، وقد قدمنا أن الخطأ فيها ذو شقين ، أحدهما مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، والآخر مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ومن ثم وجب التمييز في الشيء بين ما إذا كان بناء أو غير بناء . فإن كان بناء ، استبعدت أحكام المسئولية عن الأشياء ، وقام خطأ مفترض ذو شقين على النحو الذى بيناه . وإن كان غير بناء وكانت حراسته تقتضى عناية خاصة ، طبقت أحكام المسئولية عن الأشياء ، وقام خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس على النحو الذى سنبينه .

ويعتبر شيئاً بالمعنى المراد في المادة ١٧٨ الآلات الميكانيكية إطلاقاً . ولم يشترط القانون في الآلات الميكانيكية أن تتطلب حراستها عناية خاصة كما اشترط ذلك في غيرها ، لأن هذه الآلات تتحرك بمحرك ذاتى ، فافترض القانون لذلك أن حراستها تتطلب دائماً عناية خاصة .

أما غير الآلات الميكانيكية فلا يعتبر شيئاً بالمعنى المراد في المادة ١٧٨ إلا إذا اقتضت حراسته عناية خاصة : وسرى فيما يلى متى تحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة ، كما سئرى أن فكرة العناية الخاصة هى فكرة نسبية ، فالشيء الواحد قد تستدعى حراسته عناية خاصة أو لا تستدعى هذه العناية بحسب ما يختلف عليه من وضع .

ويستوى أن يكون الشيء منقولاً ، أو عقاراً بطبيعته كالأشجار والأرض إذا انخفض والمباني إذا نجم الضرر لا عن تدهمها ، أو عقاراً بالتخصيص كالصاعد والآلات الزراعية أو الصناعية المخصصة لخدمة مزرعة أو مصنع .

ولا يدخل الشيء المباح (res nullius) ، إذ ليس له حارس يكون مسئول عنه .

§ ٢ - وقوع الضرر بفعل الشيء

٧٢٨ - التمرغل الإيجابي : يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشيء (fait de la chose) ولا يكتفى في ذلك تدخل الشيء تدخلاً سلبياً . فإذا وقعت عربة في المكان المتداول للوقوف واصطلمت بها عربة أخرى أو أحد العابرة ، أو كانت شجرة ثابتة في مكانها لم تقتلعها الريح فمثر فيها أحد المارة وأصيب بضرر من ذلك ، أو كانت آلة ميكانيكية ثابتة في مكانها الطبيعي لا تتحرك فاصطدم بها شخص فجرح ، كانت هذه كلها أوضاعاً سلبية للشيء ، ولا يمكن القول في مثل هذه الحالات إن الضرر الذي وقع هو من فعل الشيء ، لأن الشيء لم يتدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر ، بل كان تدخله سلبياً محضاً .

أما إذا كانت العربة تسير أو كانت واقفة ولكن في غير وضعها الطبيعي ، أو كانت الشجرة قد اقتلعها الريح قذفت بها في عرض الطريق ، أو كانت الآلة الميكانيكية في غير مكانها الطبيعي أو كانت تتحرك ، فإن الضرر يكون في هذه الحالات من فعل الشيء ، وقد تدخل الشيء تدخلاً إيجابياً في إحداثه .

ويمكن القول إن الشيء تدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر ، إذا كان هذا الشيء في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر^(١) .

وللفروض ، إذا أحدث الشيء ضرراً ، أن الشيء قد تدخل تدخلاً إيجابياً في إحداثه . والمسئول هو الذي عليه أن يثبت أن الشيء لم يتدخل في إحداث الضرر إلا تدخلاً سلبياً ، فينتفي بذلك افتراض الخطأ ، ولا تتحقق المسؤولية إلا بإثبات خطأ في جانب المسئول .

(١) مازو ٢قرة ١٢١١ - ٩ مكرر م. ١٨٠ .

٧٢٩ - **حرم ضرورة الاتصال المادي المباشر :** والتدخل الإيجابي لا يستلزم الاتصال المادي للبشر . فقد لا يتصل الشيء اتصالاً مادياً مباشراً بمن وقع عليه الضرر ، ومع ذلك يتدخل بتدخل إيجابياً في إحداث الضرر . فإذا سارت عربة بسرعة تفوق السرعة المعتادة فترجع أحد المارة ووقع فأصيب بضرر دون أن تمسه العربة ، وإذا وقعت عربة وقوفاً فجائياً وكانت عربة تسير وراءها فاضطرت إلى تنادى الاصطدام بها بأن انحرفت عن الطريق فاصطدمت بشجرة ، وإذا سدت عربة منافذ الطريق على راكب « موتوسيكل » فاختل توازن الراكب وسقط إلى الأرض ، ففي كل هذه الحالات تدخل الشيء تدخل إيجابياً في إحداث الضرر دون أن يمس الشخص أو الشيء المضرور أو يتصل به اتصالاً مادياً مباشراً .

٧٣٠ - **فعل الشيء وفعل الإنسان :** وتجب الدقة في التمييز بين فعل الشيء (fait de la chose) وفعل الإنسان (fait de l'homme) . ذلك أن المسؤولية عن فعل الشيء تقوم على خطأ مفترض ، أما المسؤولية عن فعل الإنسان فتقوم على خطأ واجب الإثبات . ومن ثم كان الفرق كبيراً بين المسئوليتين ، ووجب البحث عن معيار للتمييز فيما بينهما .

وقد سار القضاء الفرنسي مراحل متعاقبة في طريقه إلى هذا التمييز . ففي المرحلة الأولى كان الضرر يعتبر من فعل الشيء إذا نجم عن فعل ذاتي للشيء (fait autonome de la chose) ويحقق ذلك في أحد فرضين : (١) إذا وقع الضرر من الشيء وهو غير محرك بيد الإنسان . (٢) إذا وقع الضرر من الشيء وهو محرك بيد الإنسان ، ولكن الشيء انطوى على عيب ذاتي كان هو السبب في وقوع الضرر — ولكن هذا المعيار لم يكن مرضياً ، فهو يعتبر الضرر من فعل الإنسان ، ويقضى بوجوب إثبات الخطأ ، في حالة من أشد الحالات حاجة إلى افتراض الخطأ ، وهي حالة ما إذا أحدث سائق السيارة ضرراً وهو يقود السيارة ولم يكن بها عيب ذاتي . فهذه حالة لا تدخل في الحالتين اللتين يعتبر الضرر فيها من فعل الشيء ، فيجب فيها إثبات الخطأ في جانب السائق ، وهو أمر متمنر في الكثرة الغالبة من

الحوادث^(١). وقد أخذ القضاء الفرنسي يتذبذب في الأخذ بهذا الميعار وفي تركه ، حتى صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية صريح في تركه ، وفي اعتبار الضرر من فعل الشيء حتى لو كان هذا الشيء محركاً بيد الإنسان ولم يكن به عيب ذاتي . فسائق السيارة إذا أحدث ضرراً وهو يسوق السيارة يكون مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض في جانبه ، لأن السيارة في حاجة إلى الحراسة لما يتجم عنها من الخطر^(٢).

وعلى هذا النحو استبدلت محكمة النقض الفرنسية ، في المرحلة الثانية ، معياراً بميعار . وجعلت معيارها الجديد في حكم لها مشهور صدر في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٧^(٣) ، أن يكون الشيء في ذاته خطراً بحيث يحتاج إلى الحراسة . وهذا الميعار قريب جداً من الميعار الذي أخذ به التقنين المصري الجديد ، حيث يقول في المادة ١٧٨ : « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ... »^(٤) . وبقي معيار « الشيء الخطر » تتداوله الفقهاء والحاكم لتأييده أو لتفنيده ، وظل الأمر كذلك مدة قصيرة ،

(١) على أن هناك أشياء تحركها يد الإنسان ، ويبدو أن افتراض الخطأ فيها لا ينبغي أن يقوم ، لأنها إنما تتحرك طوعاً لإرادة رجال فنيين إذا أخطأوا وجب اعتبار الخطأ من فعلهم ثم لا من فعل هذه الأشياء . مثل ذلك مبضع الجراح وآلات الأشعة .

(٢) وواضح أن أهم الحوادث التي يطبق فيها الخطأ المفترض هي حوادث السيارات .

(٣) دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٩٧ مع تطبيق ريبير - سيريه ١٩٢٧ - ١٠ - ١٣٧ مع تطبيق إسمان . وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : « ومن حيث إن القانون ، في تطبيق الافتراض الذي يقرره ، لا يميز بين ما إذا كان الشيء محركاً أو غير محرك بيد الإنسان ، وإنما يكفي أن يكون الشيء خاضعاً لحراسة واجبة ، وذلك بسبب ما يمكن أن يرض له الناس من الأخطار » .

(...Mais attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose était ou non actionnée par la main de l'homme, qu'il suffit qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une garde, en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui.)

(٤) وميعار الشيء الخطر قال به الأستاذ ريبير ، ولا يزال يقول به — وهذا وينكر الأستاذان مازو أن يكون المعنى الذي قصدت إليه محكمة النقض في حكمها هنا هو معيار الشيء الخطر . فالحكمة إنما قالت إن المسئولية التي تقوم على خطأ مفترض تتأسس على حاجة الشيء للحراسة لا يرض الناس له من الخطر . فهي لا تميز بين الشيء الخطر والشيء غير الخطر ، بل تفسر حاجة الشيء للحراسة ، فتخرجها إلى ما يرض الشيء له الناس من الخطر (مازو ٢ فترة ١٢٢٩) .

حتى طلعت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة بمحكمة مشهور صدر في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠^(١)، قضت فيه على معيار « الشيء الخطر » ، فلم تردده في أسباب حكمها ، بل ربطت المسؤولية القائمة على خطأ مفترض بفكرة الحراسة (à la grade de la chose) ، لا بالشيء ذاته خطراً كان أو غير خطر .

فأخذ النقهاء ، في مرحلة ثالثة ، يخللون بفكرة الحراسة . وذهب الأستاذان مازو إلى التمييز بين الحراسة المادية (grade matérielle) والحراسة القانونية (grade juridique) ، فالحراسة المادية هي السيطرة الفعلية على الشيء ، أما الحراسة القانونية فتوجد حيث يوجد التزام قانوني بالمحافظة على الشيء . وبمنع من أن يكون مصدر ضرر للناس . ومن ثم يكون السارق قد استولى على الحراسة المادية دون الحراسة القانونية ، ويستبقى صاحب الشيء المسروق الحراسة القانونية ، فيكون ، هو دون السارق ، المسئول عن الشيء المسروق .

(١) دالوز ١٩٣٠ - ١ - ٥٧ مع مذكرة ماتير (Matter) وتعليق ربيير - سيريه ١٩٣٠ - ١ - ١٢١ مع تعليق إسمان . وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : « ومن حيث إن الحكم المطعون فيه قد رفض تطبيق النص انشراح إليه (م ١٣٨٤ فقره ١) بدعوى أن الحادث الذي تسببه سيارة تتحرك بدفع وجوبه من يد الإنسان ، لا يكون من فعل الشيء تحت الحراسة وفقاً للعادة ١٣٨٤ فقرة أولى ، ما دام لم يثبت مطلقاً أن الحادث يرجع إلى عيب ذاتي في السيارة ، ومن ثم يجب على المضرور الحصول على تعويض ما أصابه من الضرر أن يثبت خطأ في جانب السائق . ومن حيث إن القانون ، في تطبيق الافتراض الذي يقرره ، لا يميز بين ما إذا كان الشيء الذي أحدث الضرر محركاً أو غير محرك بيد الإنسان ، كما أنه ليس من الضروري أن يكون منطقياً على عيب في طبيعته يكون من شأنه أن يحدث الضرر ، فإن المادة ١٣٨٤ تربط المسؤولية بحراسة الشيء لا بالشيء ذاته » .

"Que l'arrêt attaqué a refusé d'appliquer le texte susvisé (art. 1384 § 1.) par le motif que l'accident causé par une automobile en mouvement, sous l'impulsion et la direction de l'homme, ne constituait pas, alors qu'aucune preuve n'existe qu'il soit dû à un vice propre de la voiture, le fait de la chose que l'on a sous sa garde dans les termes de l'article 1384 § I, et que, dès lors, la victime était tenue, pour obtenir réparation du préjudice, d'établir à la charge du conducteur une faute qui lui fût imputable ; mais, attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme ; qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même."

ثم عدل الأستاذان مازو عن هذا الرأي ، في المرحلة الرابعة وهي المرحلة الحالية ، بعلد أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة ، في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١^(١) ، حكماً آخر لا يقل أهمية عن الحكم المتقدم ، قالت فيه إن السارق يعتبر حارساً للشيء المسروق ، ويكون مسئولاً عما يحدثه هذا الشيء من الضرر بناء على خطأ مفترض في جانبه . واعتبر الأستاذان مازو والمجبرة من الفقهاء أن حراسة الشيء ، كحراسة الحيوان ، هي السيطرة الفعلية على الشيء والقدرة على التصرف في أمره ، مشروعة كانت هذه السيطرة أو غير مشروعة . فالسارق يعتبر حارساً للشيء المسروق لأنه يسيطر عليه بسيطرة فعلية ، وإن كانت سيطرته غير مشروعة . ومالك الشيء إذا كان حائزاً له يعتبر حارساً لأن له السيطرة الفعلية عليه . وهي سيطرة مشروعة . ويرتب الأستاذان مازو على هذا التحليل أن الضرر يعتبر من فعل الشيء . إذا كان الشيء قد أحدث الضرر وهو مفلت من زمام حارسه . ذلك أن الحارس ما دام قابضاً على زمام الشيء ، فكل ضرر يحدث يعتبر من فعله لا من فعل الشيء ، ولا يكون مسئولاً في هذه الحالة إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . أما إذا أفلت الشيء من سيطرة الحارس ، وخرج زمامه من يده . وأحدث ضرراً ، كان الضرر من فعل الشيء لا من فعل الحارس ، ويكون هذا مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض^(٢) . وعندما يطبق الأستاذان معيارهما الجديد ، « إفلات زمام الشيء من سيطرة الحارس » ، يذهبان إلى أن الشيء إذا أحدث ضرراً ، فالمفروض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس وأن الضرر قد حدث بفعل الشيء ، ما لم يكن الحارس قد وجه الشيء قصداً إلى إحداث الضرر ، فهنا يعتبر الضرر قد حدث بفعل الحارس^(٣) . ومن ثم فكل ضرر يحدث بتدخل إيجابي من الشيء ، ولم يكن مقصوداً من حارسه ، يعتبر أنه قد حدث « بفعل الشيء »^(٤) .

(١) دالوز ١٩٤٢ — ١ — ٢٥ مع تطبيق ريبير — سيريه ١٩٤١ — ١ — ٢١٧ مع تطبيق هزي.

مازو .

(٢) مازو ٢ فترة ١٢٤٩ .

(٣) مازو ٢ فترة ١٢٥٦ .

(٤) مازو ٢ فترة ١٢٥٦ ص ٢١٨ .

٧٣١ — التقنين المرنى الجبرير : والتقنين المدنى الجديد ربط الخطأ المفترض بحراسة الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة ، وفرض أن الآلات الميكانيكية تتطلب حراستها عناية خاصة دائما .

لذلك لسنافى حاجة إلى إجهاد النصوص لتحديد الفكرة التى يقوم عليها الخطأ المفترض فى المسئولية عن الأشياء فى القانون الجديد . فهذا الخطأ المفترض يقوم على فكرة « العناية الخاصة » التى تتطلبها حراسة الشيء . ولا يجوز اعتبار أن الضرر قد حدث بفعل الشيء إلا فى حالتين : (الأولى) أن يكون هذا الشيء آلة ميكانيكية تدخلت تدخلا إيجابيا فى إحداث الضرر ، أى كانت فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر . (والثانية) أن يكون هذا الشيء ليس آلة ميكانيكية ولكن حراسته تقتضى عناية خاصة . وهذا أقرب ما يكون إلى معيار « الشيء الخطر » كما قدمنا . فإذا كان الشيء فى حراسة شخص ، وكانت هذه الحراسة تقتضى عناية خاصة بالنسبة إلى طبيعة هذا الشيء أو بالنسبة إلى ظروفه وملابساته ، ثم أحدث الشيء ضرراً ، فإنه يفترض أن الحارس قد قصر فى بذل هذه العناية الخاصة حتى أفلت زمام الشيء من يده ، فأحدث الضرر . أما إذا كانت الحراسة لا تقتضى عناية خاصة فلا يفرض أن الحارس قد قصر فى بذل العناية الواجبة ، بل يجب على المضرور أن يقيم الدليل على هذا التقصير .

يبقى بعد ذلك أن نعرف متى تحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة ؟ قدمنا أنه يجب فى ذلك الرجوع إلى طبيعة الشيء ، ثم إلى ظروفه وملابساته . ويترب على ذلك أنه متى كانت طبيعة الشيء تقتضى عناية خاصة قام الخطأ المفترض . على أنه يلاحظ أن الآلات الميكانيكية ، كالسيارات والآلات الزراعية والصناعية والقاطرات البخارية والكهربائية والسفن البخارية والأسلحة النارية والمصاعد ، يفرض القانون بالنص أن حراستها تحتاج إلى عناية خاصة ، نظراً لطبيعتها ولما ركب فيها من محرك ذاتى (dynamisme propre) . وليست الآلات الميكانيكية وحدها هى التى تحتاج حراستها إلى عناية خاصة نظراً لطبيعتها . بل توجد

أشياء أخرى غير ميكانيكية تقتضى طبيعتها أن تكون في نفس الوضع . مثل ذلك الأسلحة غير الميكانيكية على اختلاف أنواعها والأسلاك الكهربائية والمواد الكيماوية والأدوية الطبية والزجاج والمصاييح والفؤوس والمناجل والمفرقات وما إلى ذلك^(١).

على أن الشيء قد لا تقتضى حراسته عناية خاصة بالنظر إلى طبيعته ، ولكن الظروف والملابسات التي وجد فيها تجعل هذه الحراسة في حاجة إلى عناية خاصة . فعربة الركوب والشجرة والسلم والحبل والرمال والصخر ، كل هذه ليست أشياء خطيرة بطبيعتها ، ولكن قد تصبح خطيرة في ظروف معينة . فعربة الركوب بالنسبة إلى المشاة شيء خطر ، وهي ليست كذلك بالنسبة إلى السيارات . والشجرة ليست خطيرة مادامت في وضعها الطبيعي ، فإذا اقتلعتها الريح ورمت بها في عرض الطريق أصبحت شيئاً خطراً . والسلم يصبح خطراً إذا دهن بمادة لزجة تجعل الانزلاق عليه أمراً محتملاً . والحبل قد يصبح خطراً إذا جعل في وضع بحيث ترتطم به الناس . وهذا هو الشأن في الرمال إذا انهالت ، وفي الصخر إذا انحدر^(٢).

ومن ذلك نرى أن الشيء يقتضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بملابساته . وهو يصبح خطراً بملابساته إذا كان في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر ، أي إذا تدخل تدخل إيجابي في إحداث الضرر وهنا يتلاقى القضاء الفرنسي مع نصوص التقنين المصري الجديد^(٣).

(١) وإذا انفجرت مواد ملتهبة فثبت حريق من جراء هذا الانفجار ، كان الحارس مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض . وفي فرنسا لا يكون مسئولاً إلا إذا ثبت خطأه بمقتضى قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ .

(٢) انظر في تطبيقات أخرى متنوعة مازو ٢ فقرة ١٢٥٨ — فقرة ١٢٧٠ .

(٣) ويعترض الأستاذان مازو على مثل هذا الرأي (انظر مازو ٢ فقرة ١٢٣٩) . وهما يقولان إن كل شيء قد يصبح خطراً في ظروف معينة . وهذا صحيح . وهو منذ يصبح خطراً بقيام هذه الظروف تحتاج حراسته إلى عناية خاصة . فإذا أحدث ضرراً غير مقصود ، فرض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس . فيرجع الأمر إلى « الخطر النسبي للأشياء بالنسبة إلى الظروف للملابسة » ، وما إذا كان الشيء قد جعل في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث ضرراً ، فمندتد تحتاج حراسته إلى عناية خاصة . وهذا هو عين ما يقوله الأستاذان في شرح القضاء الفرنسي . فهما كما رأينا يرجعان بعد إسهاب طويل إلى فكرة التدخل =

المطلب الثاني

على أى أساس تقوم مسئولية حارس الأشياء

٧٢٢ - مسألتاه : متى تحققت مسئولية حارس الشيء على النحو الذى قلعهناه ، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس . فبين الآن ما هو هذا الخطأ ، وإلى أى حد هو مفترض .

١ § - ما هو الخطأ

٧٢٣ - خطأ فى الحراسة : الخطأ المفترض فى جانب حارس الشيء ، كالخطأ المفترض فى جانب حارس الحيوان ، هو خطأ فى الحراسة (faute dans la garde) . فإذا ألحق الشيء ضرراً بالغير ، كان للفروض أن زمام هذا الشيء قد أفلت من يد حارسه ، وهذا هو الخطأ .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الخطأ فى الحراسة بهذا التفسير هو خطأ أقرب إلى الصنعة منه إلى الحقيقة ، فهو خطأ موهوم ، اخترعته الصياغة القانونية ليخفى تحته الواقع ، إذ المسئول قد أقحم عليه الخطأ إقحاماً ، وفرض عليه فرضاً لا يستطيع التملص منه . والأولى أن يقال إن المسئولية هنا قد فرضها القانون ، وأقامها على أساس من تحمل التبعة . ذلك أن المسئول هو الذى أتى إلى الاجتماع بشيء يصح أن يكون مصدراً للضرر ، وانتفع به ، فإذا ما وقع الضرر فعلاً وجب أن يتحمل تبعته^(١) . والرد على نظرية تحمل

== الإيجاز . وليست هذه الفكرة إلا فكرة الشيء المخطر بالنسبة إلى وضعه وملاباته .

[وانظر فى أن الشيء تتطلب حراسته عناية خاصة إما بحسب طبيعته ، وإما تداراً إلى ظروفه وملاباته : أحمد حشمت أبوسيت فى ٥٥٧ - عبدالمعز فى ٥٨٣ - وقارن سليمان مرقس فى الفصل الضار فى ١٦٤] .

(١) انظر فى هذا المعنى جوسران ٢ فى ٥٥٣ .

التبعة هنا هو عين الرد على هذه النظرية في التسولية عن الحيوان . فلا يمكن القول إن أساس للتسولية عن الشيء هو تحمل التبعة ، وإلا لكان التسؤل هو المتفع بالشيء لا الحارس ، ولما جاز دفع للتسولية بإثبات السبب الأجنبي .

٧٣٤ — ما الذي يثبت الضرر: وللضرورة لا يكلف إثبات الخطأ لأنه مفترض ، ولكنه يكلف إثبات الشروط التي تتحقق بها مسئولية حارس الأشياء . فيجب عليه أن يثبت أولاً أن الدعي عليه هو حارس الشيء الذي أحدث الضرر ، والفروض هنا أن الحارس هو المالك ، إلى أن يثبت المالك أن حراسة الشيء قد خرجت من يده إلى يد شخص آخر وقت وقوع الضرر وعندئذ يكون هذا الشخص هو المسئول . ويجب على الضرور أيضاً أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو بفعل آلة ميكانيكية ، والفروض كما قدمنا أن الشيء قد تدخل تدخلًا إيجابيًا في إحداث الضرر ، إلى أن يقيم الحارس الدلائل على أن التدخل لم يكن إلا سلبياً .

§ ٢ — إلى أي حد هو مفترض

٧٣٥ — الافتراض لا يقبل إثبات العكس : الخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، كالخطأ للفترض في جانب حارس الحيوان^(١) .

فلا يجوز إذن للحارس أن ينفي الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ أو أنه قام بما ينبغي من العناية حتى لا يحدث الشيء الضرر . ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الشيء قد أفلت من يده ، وهذا الإفلات هو عين الخطأ كما قدمنا في التسولية عن الحيوان . وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر ، فلا حاجة إذن لإثباته بدليل آخر ، ولا جدوى من نفيه بإثبات العكس . وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مفترض

(١) انظر في أن مسئولية حارس الأشياء تقوم على قاعدة موضوعية لا على قرينة قانونية ، وأنها تتحقق حتى لو كان الحارس عديم التمييز : عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٠ — فقرة ٥٣١ .

افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، فهو ، خطأ السئول عن الحيوان ، خطأ قد تم إثباته ، ولا بتصور إذن أن يثبت عكسه ^(١) .

وقد كانت هذه المسألة هي الميدان الذي هاجم فيه أنصار نظرية تحمل التبعة نظرية الخطأ المفترض . فقد اعترضوا كما رأينا على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، وقالوا إن الخطأ إذا افترض وجب أن يكون الافتراض قابلاً لإثبات العكس . ذلك أن الحارس إذا استطاع أن يقيم الدليل على أنه لم يرتكب خطأ ، فالصاق الخطأ به بالرغم من ذلك ليس إلا تمحيلاً لإقامة المسؤولية على أساس خطأ وهي لا وجود له بعد أن أقام الدليل على نفيه . وهذا ما دعا محكمة النقض الفرنسية إلى أن تتحدث ، في حكمها الذي أصدرته في دوائرها المجتمعة في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ ، عن « افتراض المسؤولية » (présomption de responsabilité) ، لاعتن « افتراض الخطأ » (présomption de faute) ويرد الأستاذان مازو على هذا الاعتراض بأن الخطأ الذي قامت عليه مسؤولية حارس الشيء هو خطأ في الحراسة . والأصل في ذلك أن كل حارس يلتزم قانوناً بالأيصال زمام الشيء بفلت من يده حتى لا يصاب أحد بضرر . وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) ، لا التزام ببذل عناية (obligation de moyen) . فإذا أفلت زمام الشيء من يد حارسه ، فقد وقع الخطأ ، ولا سبيل بعد ذلك إلى نفيه بإثبات العكس ^(٢) .

(١) ويمكن القول إن كل خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس هو خطأ ثابت لا خطأ مفترض . ولكنه خطأ ثابت على نحو خاص ، فقد تدخل القانون لجله خطأ ثابتاً ، بأن جعل حدوث الضرر دليلاً على إفلات الشيء من حراسة حارسه وعلى أن هذا الإفلات كان السبب في إحداث الضرر . فيؤدي ذلك إلى جعل التزام حارس الشيء التزاماً بتحقيق غاية هي عدم إحداث الشيء ضرراً لأحد ، فإذا حدث ضرر لم تتحقق الغاية وكان هذا هو الخطأ . ولكننا لم نصل إلى هذه النتيجة إلا عن طريق دليل وضعه القانون هو أن حدوث الضرر قرينة غير قابلة لإثبات العكس على أن الشيء أفلت من الحراسة فأحدث الضرر ، وهذه القرينة القانونية هي التي أدخلت عنصر الافتراض في الخطأ .

(٢) انظر مازو ٢ فقرة ١٣١٥ وفقرة ١٣١٨ وفقرة ١٣٢٠ وفقرة ١٣٢٦ وفقرة ١٣٢٧ حسين عامر في المسؤولية المدنية فقرة ٧٤٤ . — وبإحاطة أن القضاء الفرنسي عندما تكلم عن افتراض المسؤولية ، جعل المفروض هو علاقة السببية لا الخطأ ، حتى لا يصطدم بالمادة ١٣٥٢ من القانون المدني الفرنسي ، والسببية هنا مفترضة افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، وهي تختفي بإثبات السبب الأجنبي .

وقرر هنا ما قرره في المسؤولية عن الحيوان من أن افتراض الخطأ إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضروب . وقد قدمنا أن المضروب هو الذى ينتفع بهذا الافتراض ولا يضار به ، فلا يجوز أن يحتج به عليه . كذلك لا يقوم افتراض الخطأ إذا أحدث الشيء الضرر لذاته^(١) . وقد تجتمع مسؤولية حارس الشيء مع مسؤولية المتبوع في شخص واحد . فإذا كان مالك الشيء قد دفعه إلى تابعه واحتفظ بالحراسة ، وألحق الشيء ضرراً بالغير ، فإن المالك هنا يكون مسئولاً بأحد اعتبارين : إما باعتباره حارساً فيكون الخطأ مفترضاً في جانبه ، وإما باعتباره متبوعاً فيجب إثبات الخطأ في جانب التابع حتى يقوم الخطأ المفترض في جانب المتبوع . والخطأ المفترض لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين الحارس والمضروب . فأمين النقل وهو مسئول بالعقد عن سلامة الراكب ، والطبيب وهو ملتزم بالعقد أن يبذل العناية الواجبة في علاج المريض ، لا يكونان مسئولين مسؤولية تقصيرية بمقتضى خطأ مفترض ، بل هما مسئولان بمقتضى العقد مسؤولية عقدية ، وقد مر بيان ذلك . وإذا قام عقد بين التابع والمتبوع يرتب التزاماً على المتبوع بضمان سلامة التابع ، وأصاب شيء في حراسة المتبوع التابع بالضرر ، كانت مسؤولية المتبوع مسؤولية عقدية ، لا مسؤولية تقصيرية . فإن كان العقد لا يرتب التزاماً بضمان سلامة التابع ، أو إذا لم يوجد عقد أصلاً بين التابع والمتبوع ، كان المتبوع مسئولاً مسؤولية تقصيرية تقوم على خطأ مفترض .

وحارس الشيء كحارس الحيوان لا يجوز أن يكون عديم التمييز ، لأن مسؤوليته تقوم على الخطأ ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه^(٢) .

(١) ما زو ٢ فقرة ١٢٧٢ — ٢ .

(٢) [إذا كان مالك السيارة صيداً غير مميز أو مجنوماً ، فلا يمكن أن يكون حارساً ، وتنتقل الحراسة إلى من يقوم مقامه من ولي أو وصى أو قيم . وإذا كان عديم التمييز هو الذى أحدث الضرر بفعله ، كان متولى الرقابة هو المسئول وفقاً لقواعد المقررة في هذا الصدد . فإذا لم يكن أحد متولياً للرقابة ، أمكنت مساءلة عديم التمييز المساءلة المخففة التى سبق تفصيل أحكامها (عبد الحى حجازى ٢ ص ٥٦٢ — ص ٥٦٣) .] وقارن سليمان مرقس نهاية فقرة ٥٢٣ ص ٦٩٧ حيث يرى أن المالك حارساً ولو كان غير مميز ظلالاً =

٧٣٦ - جواز نفي المسؤولية بنفي علة السببية : ولما كان حارس الشيء لا يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بنفي الخطأ على النحو الذى يبيانه ، لم يبق أمامه لدفع المسؤولية إلا أن ينفى علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذى وقع . وهو لا يستطيع نفى علاقة السببية هذه إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي^(١) : قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ، أو خطأ المصاب أو خطأ الغير^(٢) . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٨ إذ تقول : « ... ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يده فيه » . ثم ينتهى النص بهذه العبارة : « هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » . ومن أهم هذه الأحكام الخاصة ما سبق أن ذكرناه من مسؤولية رب العمل عن حوادث العمل ، فهى مسؤولية لا تقوم على خطأ مفترض ، بل تقوم على أساس تحمل التبعة .

== أنه لم يثبت أن الحراسة انتقلت منه إلى شخص آخر يباشر السيطرة الفعلية على الشيء لحساب نفسه فلا يرفع المسؤولية عن هذا المالك وجود الشيء المملوك له تحت سيطرة تابعه أو وصيه لأن كلا من هذين لا يباشر تلك السيطرة لصالحه نفسه بل لصالحه ذلك المالك] .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد أقامت قضاءها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسؤولية التقصيرية على أن وقوع الحادث للطائرة — والذى أودى بحياة طيارها — دون أن يبرر سببه لا يلزم فيه اعتبار شركة الطيران مركبة لخطأ يقتضى الحكم عليها بالتعويض ، إذ يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذى نشأ عنه الحادث وارتبط معه برابطة السببية ، وأنه متى كان سبب احتراق الطائرة فى الجو غير معلوم ولا يمكن إسناده لسبب معين فى تركيب الطائرة ، فإن مسئوليتها عن التعويض تعتبر منتفية ، فإن هذا التأسيس صالح لإقامة الحكم وكاف فى دفع مسؤولية الشركة المذكورة ، وبحسب المحكمة أن تكون قد أقامت حكمها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسؤولية التقصيرية على ما ثبت لها من أن الضرر الذى أصاب المضرور قد نشأ عن سبب أجنبي لم يكن للدعى يده فيه ، وليس على المحكمة بعد ذلك أن تتعدى وقوع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير . ولا مصلحة للمضرور فى التمسك بعدم تعرض الحكم للبحث فى المسؤولية التقاعدية التى أسس عليها أحد مبلغى التعويض المطالب بها باعتبار أنه يمثل حصته الميراثية فيما يستحقه مورثه من تعويض قبل الشركة نتيجة لخطأها التقادى ، ذلك لأن السبب الأجنبي يصح أساساً لدفع المسؤولية التقصيرية وكذلك لدفع المسؤولية التقاعدية (قضى مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ بمجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥١ س ٢٤١) — ويلاحظ أن الحكم لا يخلو من غموض ، فالسبب مجهول ومع ذلك تعتبر محكمة النقض أن الشركة قد أثبتت السبب الأجنبي !] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد انتهى فى منطق سليم إلى أن التهم لم ترتكب خطأ ما وأن الخطأ من جانب المجنى عليه وحده ، فإن ذلك يكتفى بإنائه للقضاء ببراءة التهم ورفض الدعوى المدنية قبله وقبل المسئول عن الحقوق المدنية ، ذلك لأن منطوق المسؤولية المدنية قبل الأخير كما أتى به نص المادة ١٧٨ من القانون المدنى هو ألا يكون الضرر راجعاً لسبب أجنبي لا يده للحارس فيه : قضى جنائى فى ١٠ مارس سنة ١٩٥٨ بمجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ٧٣ س ٢٦٧] .

الباب الثالث

الإثراء بلا سبب

(L'Enrichissement sans cause)

تمهيد

٧٣٧ — **البراءة بلا سبب** هو مصدر قديم من مصادر الالتزام : كل من أثرى على حساب الغير دون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثرى به في حدود ما لحق الغير من خسارة . فإذا استولى شخص على ملك غيره ، دون أن يكون لهذا الاستيلاء سبب قانوني ، وأضافه إلى ملكه ولو بنية حسنة ، يكون قد أثرى دون سبب قانوني على حساب الغير ، فيلتزم برد أدنى القيمتين : ما أثرى به هو وما اقتصر به الغير .

وقاعدة الإبراء بلا سبب على هذا النحو الذي يبيناه تعتبر من أولى قواعد القانون . تمتد جذورها فتتصل مباشرة بقواعد العدالة والقانون الطبيعي . وهي في غير حاجة إلى تبرير ، إذا تحمل في طياتها ما يبررها . بل لعلها أول مصدر ظهر للالتزام في فجر التاريخ ، وهذا مبلغ حظها من البدهة القانونية . وهي على كل حال مصدر للالتزام عاصر مصدر العمل غير المشروع ، وهذا هو من المصادر الأولى التي عرفها القانون^(١) .

٧٣٨ — **على أنه قاعرة البراءة بلا سبب** ، إذا كانت قد عرفت منذ القديم ، فهي لم تعرف إلا على نحو غير متصل الأجزاء : عرفها القانون الروماني لا كبدا عام تستخلص منه تطبيقاته المتنوعة ، بل كجزئيات متناثرة وفروض متفرقة تستقصى في حالات محددة ، دون أن يجمعها أصل مشترك أو تنبسطها قاعدة عامة .

وكان حظ القاعدة في المصور الوسطى ، سواء في القانون الفرنسي القديم أو في الفقه

(١) جيار (Girard) موجز القانون الروماني باريس سنة ١٩٢٤ ص ٦٤٢ وما بعدها [انظر كذلك بيدان ٩ مكرر ص ٣٣٥ بند ١٧١٥ — مارتي ورينو ٢ بند ٣٤٧ ص ٣٠٩ وهامش ٢ — وقارن دي باج ٣ ص ٣٦ بند ٢٩] .

الإسلامي أو في القانون الإنجليزي ، حفظاً ضئيلاً لا يداني حتى هذا المجال المحدود الذي ظفرت به في القانون الروماني .

وتلقاها القانون الحديث تراثاً مبعثراً مشتمل الأجزاء ، فبقيت مختلطة بغيرها من مصادر الالتزام دون أن تظهر بقوام ذاتي وكيان مستقل^(١) ، حتى عهد قريب ، إذ تناولها القضاء في فرنسا وفي مصر ، وتناولتها التقنيئات الحديثة ، فارتسمت لها حدود معروفة المعالم واضحة المدى . وكسبت القاعدة ذاتيتها ، وقامت مصدراً مستقلاً إلى جانب غيرها من مصادر الالتزام .

وسجل التقنين المصري الجديد أقصى مرحلة وصلت إليها القاعدة في مراحل تدرجها . ومن ثم يمتينا أن نتابع القاعدة في تطورها التاريخي .

التطور التاريخي لقاعدة الإثراء بلا سبب

القانون الروماني :

٧٣٩ — طائفتاه من الدعاوى : عرف القانون الروماني طائفتين من الدعاوى تقومان على قاعدة الإثراء بلا سبب : دعاوى الاسترداد لما دفع دون سبب (condictiones sine cause) ودعاوى الإثراء بلا سبب (action de in rem verso) . ولكن كلا من هاتين الطائفتين من الدعاوى لم يكن يباح إلا في حالات معينة حددت على سبيل المحصر . ولم يصل القانون الروماني إلى وضع قاعدة عامة تشمل على جميع الأحوال التي يجوز أن يتناولها الإثراء دون سبب . ونستعرض هاتين الطائفتين من الدعاوى .

(١) يشبهها الأستاذ ريبير (Ribert) في كتابه «القاعدة الأدبية فقرة ١٣٣» بمجذول من الماء يجري تحت الأرض ، فينبت من القواعد القانونية المحددة ما يشهد بوجوده ، ولكن الجدول لا يظهر فوق الأرض أبداً .

٧٤٠ - دعاوى استرداد ما دفع دون سبب : وهذه تشتتل على الدعاوى الآتية :

١ - دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير دون حق وهو يظن أن هذا الغير دائن له ، وتسمى (condictio indebiti) .

٢ - دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لسبب مشروع لم يتحقق ، وتسمى (condictio, cause date, cause non secular)

٣ - دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لمنعه من القيام بعمل غير مشروع (كنهه من ارتكاب جريمة) ، أو لدفعه إلى تلافى ما قام به من عمل غير مشروع (كدفعه إلى رد ما سرقه) . وهذه الدعوى تسمى (condictio ob turpem causam) . فإذا كان السبب غير المشروع قائماً عند كل من المتعاقدين ، كما إذا تعاقد شخص مع آخر لدفعه إلى ارتكاب جريمة أو عمل من أعمال المهارة أو المقامرة ، امتنع الاسترداد .

٤ - دعوى يسترد بها المقتقر من المثلث ما اقتقر به على خلاف أحكام القانون ، كالمدين يسترد من دائنه ما دفعه من فوائد غير قانونية أو من دين عقده تحت سلطان الإكراه . وهذه الدعوى تسمى (condictio ob injustum causam) .

٥ - دعوى يسترد بها الشخص من الغير ما دفعه له في أحوال معينة ، إذا كان السبب غير موجود أو كان لم يتحقق أو كان قد انقطع بعد أن تحقق . وهذه الدعوى تسمى (condictio sine causa) بمنها الضيق . ولكنها لم تكن تباح إلا في أحوال محددة على سبيل الحصر ، فلم تمتد إلى جميع الأحوال لتصبح قاعدة عامة . من ذلك أن المقتقر لم يكن له من سبيل إلى الاسترداد في بعض الحالات ، كالمصرفات ينفقها الخائز لأرض الغير وهو حسن النية ، وكالأرض يفقدها مالكتها بتحول مجرى النهر .

ويلاحظ في شأن دعاوى الاسترداد هذه أمور ثلاثة :

(الأمر الأول) أن ظهور هذه الدعاوى في القانون الروماني كان نتيجة للشكلية

(formalisme) والتجرد (abstraction) الذين انطوى عليهما التعامل في هذا القانون . فقد كان العقد يعتبر صحيحاً دون اعتبار لسببه ، حتى لو كان هذا السبب غير موجود أو كان غير مشروع ، ما دام العقد قد استوفى الشكل المفروض . وكانت الملكية تنتقل طبقاً للأوضاع المرسومة حتى لو كان سبب نقلها غير موجود أو غير مشروع . ومن ثم وجدت دعاوى الاسترداد هذه فيما لو نفذ العقد وكان سببه غير موجود أو غير مشروع فيسترد المدين ما دفع ، وفيما لو انتقلت الملكية لسبب غير موجود أو غير مشروع فيسترد المالك ملكه . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في نظرية السبب .

(الأمر الثاني) أن كل هذه الدعاوى تتصل بمقد قائم ما بين المثرى والمفتقر (negotium contractus) إذ هي في أصلها مشتقة من دعاوى الاسترداد في عقد القرض (mutuum)^(١) ، فمن أجل ذلك وجب أن تتصل بمقد . ومن ثم لم يكن هناك سبيل للعائز أن يسترد مصروفاته إذ هو لم يرتبط بمقد مع مالك الأرض .

(الأمر الثالث) أن الإثراء في هذه الدعاوى يجب أن يكون قد انتقل مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى دون وساطة أجنبي . فإذا تحقق الإثراء عن طريق هذه الوساطة ، وأثرى شخص من وراء عقد لم يكن طرفاً فيه ، فإن الإثراء هنا يكون محلاً للطائفة الأخرى من الدعاوى وهي دعاوى الإثراء بلا سبب .

٧٤١ — دعاوى الإثراء بلا سبب : وهذه بدأت في دائرة محدودة هي دائرة التعاقد الذي يتم ما بين شخص وآخر ، يكون تحت السلطة الأبوية ولداً ، أو تحت سلطة السيد عبداً . فإذا أثرى الأب أو السيد من وراء هذا التعاقد دون أن يكون هو طرفاً فيه ، جاز الرجوع عليه بقدر ما أثرى في حدود افتقار من تعاقد مع الولد أو العبد .

(١) انظر سافيني (Savigny) في القانون الروماني (ترجمة جينو ١٨٥١ — ١٨٥٥) ص ٥١٣ — ص ٦١٧ — قانون جيرار موجز القانون الروماني باريس سنة ١٩٢٤ ص ٦٢٥ وما بعدها .

ثم اتسعت دائرة هذه الدعاوى ، فشملت التعاقد ما بين شخصين لا يخضع أحد منهما لسلطة ما . فإذا أثرى شخص ثالث من وراء هذا التعاقد جاز الرجوع عليه بدعوى الإثراء ، كشريك تعاقد مع الغير فماد التعاقد ينفع على الشركة . ولكن ظلت الحالات التي تباح فيها هذه الدعاوى هي أيضاً محددة ، ولم توضع قاعدة عامة تشمل جميع حالات الإثراء بلا سبب .

القانون الفرنسى القديم :

٧٤٢ — دعاوى استرداد ما دفع ووجه سبب : لم يعترف هذا القانون بقاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة عامة شاملة التطبيق ، وقصر المبدأ على حالات معينة انتقلت إليه من القانون الرومانى . وأظهر هذه التطبيقات هي دعاوى استرداد ما دفع دون حق (condictiones sine causa)^(١) .

وقد وقع تطور هام فى شأن هذه الدعاوى منذ ظهرت نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم . فقد ترتب على اعتبار السبب ركناً فى العقد أن فقدت دعاوى استرداد ما دفع دون حق الشيء الكثير من أهميتها . إذ كانت فى القانون الرومانى — وعنده العقود شكلية مجردة كما سبق القول — ذريعة لتلافى النتائج التى تترتب على هذه الشكلية وهذا التجريد . فكان التعاقد يسترد بها ما دفعه دون سبب أو لسبب غير مشروع . أما بعد أن اعترف القانون الفرنسى القديم بالسبب ركناً فى العقد ، فقد أصبح العقد الذى لا سبب له أو الذى يكون سببه غير مشروع عقداً باطلاً ، فلم تعد هناك حاجة لدعاوى الاسترداد إلا فى الحالات القليلة التى ينفذ فيها العقد رغم بطلانه ، أو فى الحالات التى يفسخ فيها العقد بعد تنفيذه .

(١) انظر دومات (Domat) (القوانين المدنية ١ الكتاب الثانى الباب السابع الفصل الأول
فقرة ١٠) .

٧٤٣ — دعاوى الإثراء بلا سبب : وبقيت دعاوى الإثراء بلا سبب (actio de in rem verso) تباح في بعض حالات الإثراء. ولكنها ما لبثت أن اختلطت بدعوى الفضالة. وغالط بوتيه الأولى باعتبارها فرعاً عن الثانية . فذكر أنه إذا تولى شخص شؤون غيره ، معتقداً أنه يدبر شؤون نفسه ، أو فعل ذلك رغم إرادة رب العمل ، اختل ركن من أركان الفضالة ، فلا تطبق أحكامها كاملة ، وتطبق أحكام فضالة ناقصة (gestion d'affaires anormale) يقتصر فيها القضولى على استرداد ما أنفق في حدود ما أثرى به رب العمل يوم رفع الدعوى^(١) .

الفقه الإسلامى^(٢) :

٧٤٤ — لا يعترف الفقه الإسلامى بالإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام إلا في حدود هي أضيق بكثير من المدى الذى وصل إليه القانون الرومانى والقوانين اللاتينية والجرمانية التى اشتقت منه .

وأوسع ما يعترف به الفقه الإسلامى في ذلك هو دفع غير المستحق . والظاهر من نصوص الشريعة الإسلامية أنها تجعله مصدراً للالتزام . فلو أن شخصاً ظن أن عليه ديناً ، فبان خلافه ، رجع بما أدى^(٣) .

ولا يعترف الفقه الإسلامى بمثل القضولى مصدراً للالتزام ، ويعتبر القضولى متبرعاً لا يرجع بشيء على رب العمل^(٤) .

(١) انظر بوتيه (Pothier) في باب الوكالة فقرة ١٨٧ وقرة ١٨٩ .

(٢) نظرية المقد للمؤلف فقرة ٦٧ ص ٦٩ — ص ٧١ .

(٣) الأغنياء والتظار جزء أول ص ١٩٤ . وفي شرحه غزير عيون البصائر من دفع شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة . انظر أيضاً في هذا المعنى م ٢٠٢ و م ٢٠٧ من كتاب مرشد الميراث .

(٤) يؤيد هذا ما ورد في جمع الضمانات من النصوص الآتية : عمر دار امرأته لما بلا إبتها قال النسق ==

أما الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة فلا يعترف به الفقه الإسلامى . على أنه توجد حالات معينة يكون فيها الإثراء بلا سبب في هذا الفقه ملازماً للعتري على حساب النثر . ويكون ذلك عادة إذا كان الشخص الذى افترق لم يكن له بد من ذلك ، كما لو بنى صاحب الملو السفلى بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم ، فلا يكون متبرعاً ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفلى لأنه مضطر إلى البناء إذ لو رفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفلى على بناء سفله لعدم تعديده^(١) .

ومن ثم نرى أن الإثراء بلا سبب ليس بمصدر للالتزام فى الفقه الإسلامى إلا فى حالات قليلة^(٢) .

== الهامرة كلها لها ولا شيء عليها من النفقة فإنه متبرع ، وعلى هذا التفصيل عمارة كرم امرأته وسائر أملاكها (س ٤٥٣) — المدينون إذا أئق على ولد رب الدين أو امرأته بنير أمره لا يبرأ من الدين ولا يرجع بما أئق على من أئق عليه (س ٤٤٩) — لو قضى دين غيره بنير أمره جاز ، فلو انتفى ذلك بوجه من الوجوه يعزى إلى ملك القاضى لأنه تطوع بقضاء الدين ، ولو قضى بأمره يهود إلى ملك من عليه الدين ، وعليه للقاضى مثله (س ٤٤٨ - س ٤٤٩) .

(١) وفى جامع الفصولين زرع بينهما فتاب أحدهما وأئق الآخر يكون متبرعاً بخلاف ذى الملو مع أن كلا لا يصل إلى حقه إلا بالإتفاق . والفرق أن الأول مضطر لأن شريكه لو كان حاضراً يجبره القاضى على الاتفاق ولو غائباً يأمر القاضى الحاضر به ليرجع على الآخر ، فلما زال الاضطراب كان متبرعاً ، أما ذى الملو فمضطر فى بناء السفلى إذ القاضى لا يجبر صاحبه لو حاضراً فلا يأمر غيره لو غائباً ، والمضطر ليس بمتبرع (شرح المجلة للأستاذ سليم باز س ٧٠٥) .

(٢) انظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور السهورى ج ١ ص ٥٦ — وانظر كذلك الدكتور سليمان مرقس الإثراء على حساب النثر ج ١ (من مطبوعات معهد الدراسات العربية سنة ١٩٦١) ص ٢٠ — ٣٨ بند ٥ — ١٢ حيث عرض آراء الفقهاء فيما يتعلق بموقف الشريعة الإسلامية من قاعدة الإثراء بلا سبب . وقد أورد فى هذا الشأن رأى الدكتور شفيق شحاته وهو مطابق لرأى صاحب الوسيط ثم رأى الدكتور صلاح الدين التامى (والأستاذ صبحى المحمصانى) وهما ينهبان إلى وجود (أو إمكان وجود) نظرية عامة للإثراء بلا سبب فى الشريعة الإسلامية . ثم عمد الدكتور مرقس بعد ذلك إلى تحليل وتقسيم الحلول التى وردت فى الفقه الحنفى فى هذا الشأن وانتهى إلى أنها ترد إلى مبدأ عام مؤداه الالتزام برد الإثراء الحاصل على حساب النثر . ولئن كان فقهاء الحنفية قد فحوا التزام النثرى بالرذ حيث يكون الإثراء حاصلًا بفعل الفترق فإنما يرجع ذلك إلى أنهم افترضوا فى المفترق قصد التبرع . فإذا تبين من مسلكه أنه لم يقصد التبرع جاز له الرجوع على النثرى [.

القانون الإنجليزي^(١) :

٧٤٥ — وإذا كان باب الإثراء بلا سبب ضيقاً في الفقه الإسلامي ، فهو لا يزيد اتساعاً في القانون الإنجليزي . وفي هذا يتقارب الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي ، ويمedian مكاناً عن القانون الروماني .

وأوسع ما يعترف به القانون الإنجليزي هو دفع غير المستحق ، شأنه في ذلك شأن الفقه الإسلامي . فمن دفع مبلغاً من النقود إلى غير دائن ، معتقداً بحسن نية أنه يدفع للدائن ، يسترد في القانون الإنجليزي ما دفعه بشرط أن يكون الغلط في الواقع لا في القانون^(٢) .

وليس للفضولي في القانون الإنجليزي الحق في استرداد ما أخذه من المصروفات إلا في حالات محددة ، منها حالة إنقاذ سفينة من الفرق وحالة الدائن المرتهن فيما يتحملة من النفقة لحفظ العين المرهونة^(٣) .

أما مبدأ الإثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الإنجليزي إلا في حالات خاصة^(٤) .

القانون الفرنسي الحديث^(٥) :

٧٤٦ — المرحلة الأولى (إنظر المبدأ العام) : لم يحتو تقنين نابليون نصاً يشتمل

(١) نظرية المقدّم لفقرة ٦١ من ٦١ — ٦٢ .

(٢) انظر كينر (Keener) في شبه المقدس ٨٥ وما بعدها وس ١٣٩ وما بعدها .

(٣) انظر جنكس (Jenks) م ٧٢٠ .

(٤) نذكر منها ما يأتي : ١ — إذا دفعت شركة التأمين مبلغ الحسارة المؤمن عليها فلها أن ترجع على المؤمن له بالتعويض الذي أخذه من الغير عن هذه الحسارة ٢ — إذا استولى أحد الشركاء في الشيوع على أكثر من نصيبه في غلة العين الشائعة التزم برد هذه الزيادة ٣ — إذا لم يتم أحد المتأخرين بما عليه من التزام فللاّخر أن يفسخ العقد وأن يسترد النقود التي دفعها للطرف الأول أو أن يطلب تعويضاً عما قام به هو من الأعمال تنقيهاً للعقد . راجع في هذه الحالات جنكس (Jenks) م ٧٠٧ وما بعدها .

(٥) [انظر في عرض التطور التاريخي للقانون الفرنسي الحديث في هذا الموضوع : مارتى وريجو ج ٢ بند ٣٤٧ — ميدان ٩ مكررس ٣٥٥ بند ١٧٤٠ وما بعده — دي باج ٣ بند ٢٩] .

على قاعدة عامة للإثراء بلا سبب بل اقتصر هذا التقنين على حالات متفرقة تناثرت هنا وهناك أبرزها الفضالة ، ودفع غير المستحق ، والمصرفات الضرورية والنافعة ، والبناء والتمس في أرض الغير .

ولما كان عهد الشراح على المتون (L'Ecole de l'Exegèse) هو الذي تلقى التقنين الفرنسي في أول مراحل ، وكان هؤلاء الشراح يلتزمون النصوص التشريعية ولا ينحرفون عنها ، فقد ترتب على انعدام نص يقرر القاعدة العامة أن مبدأ الإثراء بلا سبب أنكر وجوده إنكاراً تاماً في هذه المرحلة الأولى . واقتصر الفقه والقضاء في فرنسا على تطبيق هذه النصوص المتفرقة في حالاتها الخاصة ، دون أن يصلح فيها بينها .

٧٤٧ — المرحلة الثانية (انقضاء النافعة) : ثم دخل القانون الفرنسي في مرحلة ثانية اعترف فيها القضاء بقاعدة الإثراء بلا سبب ، ولكن على أنها فرع عن الفضالة الواردة في النصوص التشريعية ، ضرب من الفضالة النافعة على النحو الذي قال به بوتيه فيما قبلهنا . وبدأت محكمة النقض الفرنسية تقضي بهياس الإثراء بلا سبب على الفضالة ، وتعتبر أن الإثراء بلا سبب فضالة اختل ركن من أركانها ، وبخاصة ركن القصد في تولي شؤون الغير^(١) .

٧٤٨ — المرحلة الثالثة : الاعتراف بالبرأ العام منطوياً على قسرين : ودخل القانون الفرنسي بعد ذلك في مرحلته الثالثة متأثراً باملين : العامل الأول زوال سلطان

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٨ يونيو سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ — ١ — ٤٧١ . وقد تلى هذا المحكم حكمان آخران طبقا هما أيضاً دعوى الفضالة في حالات الإثراء بلا سبب : محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يوليو سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ — ١ — ٤٥٧ ، وفي ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٢٨ — ١ — ٢٠٤ . وآخر حكم طبق فيه محكمة النقض الفرنسية نظرية الفضالة النافعة صدر في ١٦ يوليو سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ — ١ — ٤٩ مع تعليق لبلانويول . وانظر في الفقه الفرنسي ديمولومب [٣١] فقرة ٤٩ — لوران ٢٠ فقرة ٣٣٧ — لارومبيير ٥ ص ٦٠١ .

مدرسة الشرح على التون ، وقد تحرر الفقه والقضاء من ربة النصوص التشريعية ، وأمكن أن تصاغ للبادئ العامة دون حاجة لأن تستند إلى نصوص . والعامل الثاني أن نظرية الفضاة الناقصة ما لبثت أن ضاقت عن تطبيقات متنوعة لمبدأ الإثراء بلا سبب ، ولم يكن من الممكن إدخال هذه التطبيقات في حظيرة الفضاة ولو باعتبارها فضاة ناقصة . فكان لا بد إذن من الاعتراف بقاعدة الإثراء بلا سبب مبدأ قائماً بذاته ، مستقلاً عن الفضاة كاملة كانت أو ناقصة .

وقاد هذه المرحلة الفقيهان المروغان أوبري ورو في كتابهما للشهور ، فاعتبرا أن قاعدة الإثراء بلا سبب تقوم بذاتها مبدأ مستقلاً عن الفضاة كصدر للالتزام مبنى على قواعد المدالة . وما ورد من نصوص تشريعية في التقنين الفرنسي ليس إلا تطبيقات متنوعة لهذا المبدأ لم تذكر على سبيل المحصر^(١) وما لبثت محكمة النقض الفرنسية في سنة ١٨٩٢ أن سارت وراء الفقيمين الكبيرين وقضت بقولها^(٢) .

(١) انظر أوبري ورو (Aubry et Rau) الطبعة الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧ . وقد أحاط الفقيهان المبدأ ، بعد أن اكدا استقلاله بقيدتين وردا في نقله هنا من عبارات الفقيمين ذاتها :

“...Il n'est permis de s'enrichir aux dépens d'autrui dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit... on doit s'attacher non au moment où l'obligation de restitution a pris naissance, mais à celui de l'introduction de l'action de in rem verso...”

(٢) محكمة النقض الفرنسية في يونيو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٥٩٦ . وانتهت هذه المحكمة في حكمين مشهورين لها (في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ - ١ - ١١ وفي ٢ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٠٢) بأن استمارت بعض الألفاظ التي استعملها الفقيهان أوبري ورو . فتألفت في حكمها الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ (سيريه ١٩١٨ - ١ - ٢١١) ما يأتي :

“Attendu que l'action de in rem verso, fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, doit être admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit.”

ثم تعاقبت بعد ذلك أحكام محكمة النقض الفرنسية في هذا المعنى .

وبلاحظ في هذه المرحلة الثالثة أن قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذا كانت قد استقرت قاعدة مستقلة عن القضاة ، فإنها قد غلت بقيدتين : أولهما أن دعوى الإثراء إنما هي دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا أعوزت السبل القانونية الأخرى . بهذا قال القعقبيان أوربري ورو ، وتبعهما في ذلك الفقه والقضاء في فرنسا . والقيد الثاني أن الإثراء يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . ورد ذلك صراحة فيما قاله أوربري ورو ، وسبقهما إليه بوتيه فيما نقلناه عنه ، وتبعهم في ذلك الفقه والقضاء الفرنسيان حتى اليوم .

ولا يزال القانون الفرنسي يعالج الدخول في مرحلة رابعة يتخلص فيها من هذين القيدتين ، ويحرر القاعدة من جميع القيود التي تعطل من إطلاقها وشمولها .

القانون المصري :

٧٤٩ — التقنين المصري القديم : لم يرد في التقنين اللذين القديم نص يقرر القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب . ولكن ورد نص غامض ، حائر بين الإثراء بلا سبب والقضاة ، هو نص المادة ٢٠٥/١٤٤ وقد جرى بما يأتي : « من فعل بالقصد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر ، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التي صرفها وانخسارات التي خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف وانخسارات قيمة ما آكل إلى ذلك الشخص من المنفعة » . وورد إلى جانب هذا النص نصوص أخرى متفرقة في دفع غير المستحق وفي العروقات الضرورية والنافعة وفي البناء والفراس في أرض الغير وفي غير ذلك من تطبيقات خاصة لقاعدة الإثراء بلا سبب .

ويبدو أن المشرع المصري في التقنين القديم تأثر بما كان العمل يجري عليه في القانون الفرنسي وقت صدور التقنين المصري . فقد صدر التقنين المختلط في سنة ١٨٧٥ والتقنين الأهلي في سنة ١٨٨٣ . وهذا هو الوقت الذي كان القانون الفرنسي يمتاز فيه مرحلته الثانية ، وكان يخلط في هذه المرحلة بين القضاة والإثراء بلا سبب كما رأينا . والنص

المصرى يحمل أثر هذا الخلط واضحاً . فهو في صدره يتحدث عن أركان الفضالة ، وفي عجزه يبين أحكام الإثراء بلا سبب ، فيخلط بين الاثنين خلطاً كان سبباً في اضطراب الفقه والقضاء في مصر مدة غير قصيرة .

ويجتاز القضاء المصرى مرحلة أولى لا يميز فيها بين الفضالة والإثراء بلا سبب ، فيتكلم عن واحدة وهو يقصد الأخرى ^(١) .

ثم يدخل مرحلة ثانية يميز فيها بين القاعدتين ، ويبرز قاعدة الإثراء بلا سبب مستقلة عن قاعدة الفضالة ، لها قوام ذاتى وكيان مستقل ، وهو يقتضى في ذلك أثر القانون الفرنسى في مرحلته الثالثة على الوجه الذى أسلفناه . وتبدأ هذه المرحلة بحكم تصدره محكمة الاستئناف المختلطة في سنة ١٨٩٩ ^(٢) أى بعد دخول القانون الفرنسى في مرحلته الثالثة بوقت قصير ^(٣) . ولكن القضاء المصرى ، في هذه المرحلة الثانية ، يبقى حائراً أمام النص النامض المضطرب بين الفضالة والإثراء بلا سبب (م ٢٠٥/١٤٤) . وتفسر محكمة الاستئناف المختلطة النص على أنه يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب ، وتكل أحكام

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ بوريل م ٢٠٥ رقم ١ — حكماً ثانياً في ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية المختلطة ١٣ م ٢٢٤ (راجع ملاحظات على هذا الحكم في رسالة الدكتور (Maravent) للنشورة في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير — فبراير م ٣٠) — حكماً ثالثاً في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥٠ م ٨٥ (انظر أيضاً في هذا الحكم رسالة الدكتور (Maravent) م ٣١ — م ٣٢) — انظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية في ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ م ١٠٩ — وحكماً ثانياً في ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٣٠ م ٢٨١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ مارس ١٨٩٩ م ١١ م ١٦٢ . وسبق هذا الحكم حكم آخر من المحكمة ذاتها في ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ (م ٧ م ١٢٢) رسم خصائص دعوى الإثراء بلا سبب في دقة وردما إلى سندما القانونى الصحيح ، أى إلى قواعد العدالة ، ولكن المحكمة سرعان ما عدلت عن هذا الموقف في حكمها الصادر في ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ وهو الحكم المشار إليه ، وسرى بيان ذلك .

(٣) وقد رأينا أن القانون الفرنسى دخل في مرحلته الثالثة منذ سنة ١٨٩٢ .

الفضالة إلى قواعد المدالة والقانون الطبيعي^(١) .

وفي المرحلة الثالثة ، وتبدأ بحكم تصدره محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في سنة ١٩١٧ ، لا تقتصر هذه المحكمة على التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب ، بل هي ترد كل قاعدة إلى سندها القانوني الصحيح ، فتقتصر نص المادة ٢٠٥/١٤٤ على الفضالة ، وتستمد مبدأ الإثراء بلا سبب من قواعد المدالة والقانون الطبيعي ، فتصحح بذلك وضعها بدأ مقلوباً^(٢) .

ويبقى الفقه والقضاء في مصر ، طوال هذه المرحلة الثالثة في ظل التفتين القديم ، يميزان بين القاعدتين ويردان كل قاعدة إلى أصلها . ولكنهما يقيان كذلك ، متأثرين دائماً بالقانون الفرنسي ، يقيدان من قاعدة الإثراء بلا سبب ، فيقولان مع الفقه والقضاء في فرنسا إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية وإن الإثراء يجب أن يبقى قائماً وقت رفع الدعوى^(٣) ، وإن كان جانب من الفقه نفي عن دعوى الإثراء الصفة الاحتياطية كما سنرى .

(١) وقد صدر بعد هذا الحكم أحكام كثيرة من محكمة الاستئناف المختلطة تطبق مراعاة مبدأ الإثراء بلا سبب : محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥٣ — حكماً ثانياً في ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧ — حكماً ثالثاً في ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠١ حكماً رابعاً في ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ — حكماً خامساً في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٩ — حكماً سادساً في ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٣ — حكماً سابغاً في ٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ — حكماً ثامناً في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ٥٣ — حكماً تاسعاً في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

(٢) انظر محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٩٠ . وقد اضطرت هذه المحكمة بعد أن ردت الفضالة إلى المادة ٢٠٥ من القانون اللذي المختلط أن تعدل من أحكام هذا النص في تحديد آثار الفضالة ، حتى تجعل القبول يسترد للصروفات الضرورية والثافة دون أن يقتصر على أدنى القيتين كما ورد في النص .

(٣) محكمة الاستئناف الأهلية في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — حكماً ثان في ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٧ — حكماً ثالث في أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ — حكماً رابع في ١٤ يونيو سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ ص ٣٩٣ . وانظر في الفقه : والتون ٢ ص ١٩٠ — ١٩١ — =

وكان لابد من أن يصدر التقنين المدني الجديد حتى يدخل القانون المصري في مرحلته الرابعة التي يحرم فيها قاعدة الإثراء بلا سبب من هذين القيدتين الآخرين المتعلقين عن أعقاب الماضي . وهذه المرحلة الرابعة التي وصل إليها التقنين المدني الجديد لا يزال القانون الفرنسي ، على ما رأينا ، يرده الإحجام عنها .

٧٥٠ — **التقنين المصري الجديد** : خطأ التقنين المصري الجديد كما ذكرنا إلى المرحلة الرابعة ، فأبرز قاعدة الإثراء بلا سبب متميزة بالخصائص الآتية :

- ١ — جعلها قاعدة مستقلة قائمة بذاتها ، كصدر من مصادر الالتزام .
 - ٢ — صحح الوضع الذي كان مغلوياً ، فجعل الفضالة ودفع غير المستحق تطبيقين لمبدأ الإثراء بلا سبب . فهذا للمبدأ هو الأصل ، وهذان التطبيقان هما الذان يتفرعان عنه . وقد رأينا أن مبدأ الإثراء بلا سبب كان قبلاً يتفرع عن الفضالة ، ويسمى بالفضالة العاقصة .
 - ٣ — حرر مبدأ الإثراء بلا سبب مما كان باقياً من قيوده التقليدية ، فنفى عنه الصفة الاحتياطية ونص على أن الإثراء لا يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . وبذلك استكمل مبدأ الإثراء بلا سبب في ظل التقنين الجديد نموه ، وانفسحت أمامه سبل التطور^(١) . وسنرى تفصيل كل ذلك فيما يلي .
- وليس التقنين الجديد بدعاً فيما استحدث ، فقد سبقه إلى السير في هذا الطريق كثير من التقنينات الحديثة^(٢) .

== ذمى فترة ٧٠٠ وما بعدها — اللوجز للوفاء فترة ٣٩٤ ومع ذلك انظر فترة ٣٩١ — حشمت أبو سبت (نظرية الالتزام طبعة ١٩٤٥) فترة ٥٣٣ (ويقرر في شيء من التردد أن الإثراء يجب أن يكون موجوداً وقت رفع الدعوى : فترة ٥٤١) . [وانظر تأييده لحكم القانون الجديد في طبعة ١٩٥٤ بند ٥٧٩] .

(١) [انظر الدكتور سليمان مرقس — الإثراء على حساب الغير في تقنينات البلاد العربية ص ٣٩ وما بعدها بند ١٣ — ١٨ حيث استعرض تطور هذا المبدأ في التقنين المصري القديم والجديد وأورد أحكام التقنينات العربية الأخرى في مراكش وتونس ولبنان وسوريا وليبيا وال عراق] .

(٢) (من فلك التقنين الألماني (م ٨١٧) والتقنين السويسري (م ٦٧ من قانون الالتزامات) والتقنين البولوني (م ١٢٣) والتقنين البناني (م ١٤٠) وللصروع الفرنسي الإيطالي (م ٧٣) .

ونستعرض في فصلين متعاقبين : (أولاً) القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب .
(ثانياً) إبراز تطبيقين لهذه القاعدة : دفع غير المستحق والقبالة^(١) .

الفصل الأول

(*) القاعدة العامة : الإثراء بلا سبب

٥٧١ - النصوص : قدما أن التقنين المدني القديم لم يشتمل على نص يورد قاعدة

(١) يوجد عما ذك في التقنين الجديد نصوص تفسيرية وردت في حالات خاصة ، ويجب في هذه الحالات تطبيق النصوص كما وردت دون تطبيق القواعد العامة لدعوى الإثراء ، فإن هذه النصوص (إعاهي دعوى الإثراء ذاتها محورة تحويراً يناسب كل حالة . من ذلك البناء والفراس في أرض الغير (م ٩٢٤ - ٩٢٥) ، والبناء والفراس من الشفع في المغار للشفع (م ٩٤٦) والمصرفات الضرورية والثانفة (م ٩٨٠) . كما توجد نصوص هي تطبيقات حصة لبدا الإثراء بلا سبب فيطبق هنا المبدا كما هو في الحالات التي وردت فيها هذه النصوص (من ذلك م ١٤٢ وم ١٦٠ وم ١٨٦ وم ١٩٦ وم ٣٣٣ وم ٦٨٨ فقرة ٣ وم ٨٩٧) .

(*) المراجع : دي هلنس الجزء الثاني - هانتون الجزء الأول - والتون الجزء الثاني - عبدالسلام ذهني في الالتزامات - محمد ودية في الالتزامات - الدكتور محمد صالح في أصول التهربات - الموجز في الالتزامات للمؤلف - [محمد كامل مرسى في المصادر غير العقدية - أحمد حشمت أبوسنت في مصادر الالتزام فقرة ٥٦١ - ٥٨٧ - أنور سلطان فقرة ٥٧٠ - ٥٩٥ ، سليمان مرقس المصادر فقرة ٥٣٣ - ٥٥١ - عبدالمعز فرج الصده فقرة ٥٣٦ - ٥٥٧] - بلايول وريبير وإسمان الجزء السابع - دوجو الجزء الثالث - أوبري ورو الجزء التاسع . الرسائل : الدكتور محمود أبو عافية في التصرف القانوني المجرد - ستويسكو (Stolcesco) باريس سنة ١٩٠٤ - بوشيه ليكلير (Bouché-Leclerc) باريس سنة ١٩١٧ - سافاتييه (Savatier) پوانيه سنة ١٩١٦ - لويس لوكاس (Louis Lucas) دييون سنة ١٩١٨ - موري (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - جيرونا (Gerona) باريس سنة ١٩٢٥ - في القانون الألمانى - الموزنيو (Almosnino) باريس سنة ١٩٣١ - موزو (Mosolu) باريس سنة ١٩٣٢ - بيجيه (Beguet) الجزائر سنة ١٩٤٥ - مارافان (Maravent) الرسالة منشورة في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير - فرانسوا جوريه (Fr. Goré) باريس سنة ١٩٤٩ . الفلانت : لوبر (Loubers) المجلة الاقتصادية سنة ١٩١٧ - ريبير (Ripert et Tesson) المجلة الفصلية لقانون المدن سنة ١٩٠٤ - رينار (Renard) المجلة الفصلية لقانون المدن سنة ١٩٢٧ - بيكار (Picard) المجلة الفصلية لقانون المدن سنة ١٩٢٢ - التعليقات : لايه (Labbé) سيجيه ١٨٩٦ - ١ - =

عامة للإثراء بلا سبب ، بل اقتصر على إيراد نص مضطرب في الفضاة ، ونصوص أكثر عدداً في دفع غير المستحق ، وإشارات متفرقة إلى مبدأ الإثراء بلا سبب في مختلف نواحي القانون^(١) .

أما التقنين الجديد فقد بدأ بنصوص تقرر القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب ، ثم تناول بعد ذلك صورتين خاصتين لهذا المبدأ هما دفع غير المستحق والفضالة^(٢) .

١٨٩٣ و ١٨٩٢ — ١ — ٢٨١ — بلانيول (Planiol) دالوز ١٨٩١ — ١ — ٢٩ — ١٨٩٢ و ١٨٩١ — ١ — ١٦١ — ساري (Sarrut) دالوز ١٨٩٢ — ١ — ١٦١ — قال (Wahl) سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٤٦٥ — ناكيه (Naquet) سيريه ١٩١٠ — ١ — ٤٢٥ و ١٩١٨ — ١ — ٣١٣ — بوركار (Bourcart) سيريه ١٩١١ — ١ — ٣١٣ — رواست (Rouast) دالوز ١٩٢٣ — ٢ — ١٧ .

[انظر أيضاً مطول بيدان ٩ مكرر من ٣٣٥ بند ١٧١٥ وما بعده — بند ١٧٤٠ وما بعده — مارتي وريو ٢ من ٣٠٩ وما بعدها ، وقد تضمن هامش صحيفة ٣٠٩ — وهامش ٦ صحيفة ٣١٩ بياناً بأهم وأحدث للمراجع في هذا الموضوع — دي باج ٢ من ٣١٩ بند ٢٥٥ والمراجع التي أشار إليها — فرانسوا جوريه في انكلوبيدي هالوز الحديثة (مدني) تحت كلمة « إثراء بلا سبب » — الدكتور صلاح التناهي : الكسب دون سبب والفضالة كصديقين للالتزام في القانون العراقي (من مطبوعات معهد الدراسات العربية المالية ١٩٥٨ — ١٩٥٩) — الدكتور سليمان مرقس : محاضرات في الإثراء على حساب التبرق تقنينات البلاد العربية ١ سنة ١٩٦١ و ٢ سنة ١٩٦٤ (من مطبوعات معهد الدراسات العربية المالية) وقد أورد في ١٠٧ — ١٠٩ من الجزء الأول بياناً بأهم المراجع وأحدثها] .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أوجز التقنين الحالي (القديم) إيجازاً بخلاف إيراد الأحكام الخاصة بنظرية الإثراء بلا سبب ، مع ما لها من أهمية بالغة . فلم يورد بشأن القاعدة العامة في الفضاة إلا نصاً واحداً تموزة الدقة ويسوده التوضيح . وإذا كانت رد غير المستحق قد شغل من نصوصه حيزاً أرحب فمن الملحوظ أن القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب لم تجد لها ، على التقى من ذلك ، مكاناً في هذه النصوص ، اللهم إلا إشارات متناثرة في مختلف أجزاء التقنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٣٩) .

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد أيضاً ما يأتي : « وقد بدأ المشروع (التقنين الجديد) بتقرير القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب ، ثم تناول بعد ذلك صورتيه الخاصتين ، وهما رد غير المستحق والفضالة . وقد عزل المشروع أحكام الالتزام الطبيعي عن القواعد الخاصة برد غير المستحق رغم ما بينهما من تقارب ، وجعل للأولى مكانها بين النصوص المتعلقة بآثار الالتزام نزولاً على ما يقتضيه المطلق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٣٩) .

والنص الجوهري الذي يقرر القاعدة العامة في التقنين الجديد هو المادة ١٧٩ ، وقد جرت بما يأتي :

« كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد »^(١) .

التأصيل القانوني لقاعدة الإثراء بلا سبب^(٢) :

٧٥٢ — مزايا مختلفة — استناداً الى الفضالة (الفضالة النافعة) : كانت المحاولة الأولى لتأصيل قاعدة الإثراء بلا سبب تأصيلاً قانونياً هي ربطها بنظرية الفضالة ، لا على أن الثانية فرع عن الأولى كما هو الواقع ، بل على أن الأولى هي التي تستيق من

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - كل شخص ، ولو كان غير مميز ، يثرى دون سبب على حساب شخص آخر . يلتزم بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، على ألا يجاوز في ذلك القدر الذي أثرى به . ويبقى هذا الالتزام حتى لو زال الإثراء فيما بعد . ٢ - فإذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولاً أيضاً عن التعويض ، ولكن بقدر ما أثرى » .

لجنة المراجعة : تليت المادة ٢٤٨ من المشروع : واقترح لإدخال تعديلات لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، فأصبح النص النهائي ما يأتي : « كل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى لو زال الإثراء فيما بعد » . وأصبح رقم المادة ١٨٤ في المشروع النهائي . بجس النواب يوافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ١٨٤ . لجنة مجلس الشيوخ : تليت المادة ١٨٤ ، فاقترحت إضافة كلمة « مشروع » إلى عبارة « بدون سبب » فوافقت اللجنة على ذلك . وأصبح رقم المادة ١٧٩ . مجلس الشيوخ : وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٤٠ - ص ٤٤٣) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٨٠ (مطابق) — الليبي م ١٨٢ (مطابق) — العراق م ٢٤٠ - ٢٤٣ (موافق) — اللبناني م ١٤٠ - ١٤٢ (مغلوب) .

(٢) [انظر مارتى وريزو ٢ بند ٣٤٨ ص ٣١١ - دي باج ٣ ص ٣٥ بند ٧٨ - ميدان ٩ مكرر ص ٣٥٨ بند ١٧٤٤ وما بعده] .

الثانية . فهي ضرب من الفضالة : فضالة ناقصة ، أو هي امتداد لقواعد الفضالة حيث تختل أركانها . فالفضولي يجب أن يقصد تدبير شؤون رب العمل دون أن يفرض عليه هذا التدخل . فإذا انعدم هذا القصد ، أو تولى الفضولي شؤون غيره رغم إرادته ، اختل ركن من أركان الفضالة . وترتب على اختلال هذا الركن تعديل بعض الأحكام ، فالمفتقر في هذه الحالة لا يسترد كالفضولي كل المصروفات الضرورية والنافعة بل يسترد أقل قيمتي إثراء الغير واقتضاره . والقائلون بهذا الرأي هم المتخلفون من أصحاب مدرسة الشرح على المتون ، فقد ظلوا في حيرة كيف يقيمون قاعدة الإثراء بلا سبب على غير نص تشريعي . ثم تلمسوا في الفضالة وهي قائمة على نصوص تشريعية سنداً تشريعياً ينسبون إليه القاعدة ، فأعاروها بعض أركان الفضالة وبعض أحكامها وأسماها الفضالة الناقصة .

والقول بأن الإثراء على حساب الغير فضالة ناقصة من شأنه أن يشوه كلا من النظريتين . فهناك فرق جوهري بينهما إذا جاز معه أن تعتبر الفضالة في بعض نواحيها تطبيقاً لبعض أحكام الإثراء بلا سبب ، فهو فرق يتمتع معه أن يكون مبدأ الإثراء بلا سبب هو الذي يدخل في حدود الفضالة . ذلك أن هذا المبدأ نزعتة موضوعية لا ذاتية . فلا عبرة فيه بالنية ويمكن أن يفقر شخص فيثري شخص آخر على حسابه دون سبب قانوني حتى يرجع المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء . أما الفضالة فنزعتها ذاتية إلى حد كبير ، إذ أن أساسها هو قصد الفضولي أن يدبر شؤون رب العمل حيث تدعو الضرورة إلى ذلك . فما لم يوجد هذا القصد فلا فضالة . ومن ثم وجد الفرق في الحكم : يرجع الفضولي بكل ما صرف جزاء ما قصد إليه ، ويرجع المفتقر بأقل القيمتين إذ هو لم يقصد خدمة المثرى . فالنظريتان مختلفتان إذن في هذا الأمر الجوهري . وإذا أريد أن تكون إحداها تطبيقاً للأخرى ، فالأولى أن تكون نظرية الفضالة — في الأصل الذي يبنى عليه رجوع الفضولي لافي مدى هذا الرجوع — هي التطبيق لنظرية الإثراء بلا سبب .

٧٥٣ - استنادها إلى العمل غير المشروع : ومنذ دالت دولة الشراح على المتون ، ولم تعد قاعدة الإثراء بلا سبب في نظر الفقه تحتاج إلى نص تشريعي تستند إليه ، تحورت القاعدة من رجة النصوص التشريعية ، ولكنها بقيت ترسف في أغلال التبعية . فلا بد أن يستند الفقه إلى قاعدة قانونية أخرى معروفة تعيش في ظلها . فأُسِّدَت إلى قاعدة العمل غير المشروع ، إما عن طريق المقابلة وإما عن طريق الجمع ما بين القاعدتين تحت لواء المسئولية التقصيرية .

فالذين يقابلون ما بين قاعدة العمل غير المشروع وقاعدة الإثراء بلا سبب يقولون إن القاعدة في العمل غير المشروع هي أن كل من أضر الغير بخطئه يلتزم بالتعويض . كذلك القاعدة في الإثراء بلا سبب هي أن كل من أثرى على حساب الغير دون سبب يلتزم بالتعويض .

والذين يجمعون ما بين القاعدتين تحت فكرة العمل غير المشروع — وعلى رأسهم پلانيول — يعبرون عن المعنى المتقدم بأسلوب آخر . ويقولون إن الإثراء على حساب الغير هو عمل غير مشروع ، ذلك أن من أثرى على حساب غيره لا يجوز له أن يستبقى هذا الإثراء وإلا ارتكب خطأ يكون مسئولاً عنه مسئولية تقصيرية .

وعيب هذا الرأي واضح . فإن مصدر التزام المثرى دون سبب هو واقعة الإثراء . وهذه الواقعة لا يشترط فيها أن تترن بخطأ من المثرى ، ولا هي في ذاتها تعد خطأ من المثرى ، حتى يمكن وصفها بأنها عمل غير مشروع . وغير المشروع إنما هو النتيجة التي أدت إليها الواقعة ، لا الواقعة ذاتها .

٧٥٤ - استنادها إلى قاعدة تحمل النبعة : وقد ذهب إلى ذلك الأستاذان ريبير (Ripert) وتيسير (Teisseire)^(١) . فنندا أن نظرية الإثراء بلا سبب ما هي

(١) انظر المجلد الأصلي للقانون المدني سنة ١٩٠٤ ص ٧٢٧ (انظر أيضاً و عرس هذه الفكرة مارتي وريثو بند ٣٢٨ ص ٣٩١ ، دي باج ج ٣ ص ٣٧ بند ٢٩) .

إلا الوجه الآخر انظر تحمل التبعة . فهذه النظرية تقرر أن من كان نشاطه مصدراً للفرم تحمل تبعته . ونظرية الإثراء بلا سبب تقرر أن من كان نشاطه مصدراً لنفم جنى فائدته . فالافتقر قد كان نشاطه — عملاً كان أو مالا — مصدراً لنقل قيمة مادية إلى مال الثرى ، فوجب أن يسترد هذه القيمة لأنها من خلقه إذ هى نتيجة نشاطه . والنفم المستحدث (le profit créé) ليس إلا الوجه الآخر للفرم المستحدث (le risque créé) .

وهذا الرأى تموزة الدقة . إذ لو صح لترتب عليه أن كل شخص يثرى من وراء نشاط الغير يرجع عليه الغير بكل ما أثرى ، ليس بأدنى القيمتين لحسب . ولأصبح شرط الافتقار غير ضرورى . وسنرى أن الافتقار والرجوع بأدنى القيمتين هما من الأحكام الأساسية فى قاعدة الإثراء بلا سبب^(١) .

٧٥٥ — قاعدة الإثراء بلا سبب لا تستند إلى قاعدة أخرى ، بل هى قاعدة مستقلة تقوم بذاتها : والواقع من الأمر أن قاعدة الإثراء بلا سبب هى قاعدة أصلية لا تنفرع عن غيرها . فهى مصدر مستقل من مصادر الالتزام ، وليست ملحقة بالفضالة (بل الفضالة هى التى تلحق بها) ، ولا بالعمل غير المشروع ، ولا بتحمل التبعة . وهى متصل اتصالاً مباشراً بقواعد المدالة ، المصدر الأول لكل القواعد القانونية . أليس العدل يقضى بأن من أثرى على حساب غيره دون حق يجب أن يموض من افتقر ؟ فلماذا نذهب فى البحث عن سند للقاعدة إلى ما وراء هذا والقانون الرومانى ذاته ، وهو الذى أخذنا عنه القاعدة ، يحمل أساسها المدالة^(٢) ؟ أليس العمل غير المشروع مصدراً

(١) وقد رجع الأستاذ روبر (Ripert) عن هذا الرأى فى كتابه « القاعدة الأدبية » ، وأسند مبدأ الإثراء بلا سبب رأساً إلى قواعد الأخلاق - [انظر أيضاً : مارتى وريزو ج ٢ ص ٢١٢ بند ٣٤٨ — وانظر فى نقد هذا الرأى : دى باج ج ٣ ص ٣٣ فقرة ٢٦ (ب)] .

(٢) انظر فى هذا المعنى حكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ — وحكماً تالياً فى ٢٢ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ — وحكماً ثالثاً فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ١٧ رقم ٤٧ ص ٥٣ — وحكماً راساً فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

للاتزام ؟ فلماذا لا نبحث هنا عن الأساس القانونى للعمل غير المشروع ، ونبحث عنه فى الإثراء بلا سبب ، وكل من القاعدتين مرده المدالة ؟

وإذا سرنا فى تحليل قاعدة الإثراء بلا سبب خطوة أبعد أمكن تأصيلها على الوجه الآتى :

الأصل أن مال الشخص لا ينتقل إلى شخص آخر إلا فى حالتين اثنتين : إذا اتفق الشخصان على ذلك ، أو كان القانون هو الذى قضى بانتقال المال . فإذا انتقل المال فى غير هاتين الحالتين وجبت إعادته إلى صاحبه ، وهذه هى قاعدة الإثراء بلا سبب ^(١) .

وقد اتضحت هذه القاعدة المدالة ، على وضوحها ، وقتاً طويلاً حتى تكسب قواماً مستقلاً ويكون لها كيان ذاتى ، لأنها قاعدة بنيت رأساً على المدالة والبداهة ، فلم تصقلها الصنعة القانونية . والقانون لا يهضم من قواعد المدالة إلا ما تدخلت فيه الصياغة ، فلولته من قواعد خلقية أو اجتماعية أو اقتصادية إلى قواعد قانونية يلتزمها الناس فى التعامل . ولذلك وجب أن نسير فى طريق الصياغة إلى مدى أبعد ، وأن نكشف من هذه الناحية عن طبيعة هذا المصدر من مصادر الالتزام وعن مغايرته للمصادر الأخرى .

والواقعة التى ترتب الالتزام فى ذمة المثرى هى واقعة الإثراء على حساب الغير دون سبب . وهى واقعة قانونية (fait juridique) لا عمل قانونى (acte juridique) ، ومن ثم اختلف الإثراء عن المقد . وهى واقعة مشروعة لأن الإثراء لا يستلزم أن يقرن به خطأ من المثرى كما قدمنا فقد يثرى وهو حسن النية بل قد يثرى دون علمه ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العمل غير المشروع .

والإثراء واقعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى دون أن يكون لهذا

(١) يقرب من هذا الدكتور أبو عافية فى رسالته « التصرف القانونى المجرد » القاهرة سنة ١٩٤٧

الانتقال سبب قانوني يرتكز عليه كصدر له . وفي هذا أيضاً نرى أن الإثراء واقعة تختلف عن واقعة العقد وعن واقعة العمل غير المشروع .

فالإثراء بلا سبب يختلف إذن عن العقد وعن العمل غير المشروع من حيث طبيعته ومن حيث ما اشتمل عليه . ومن ثم فهو مصدر للالتزام مستقل قائم بذاته ، لا يستند إلى مصدر آخر ولا يتفرع عنه . وإنما يقوم رأساً على قواعد العدالة والمنطق القانوني ، كما يقوم العقد وكما يقوم العمل غير المشروع .

والتحليل على هذا الوجه يحدد أركان قاعدة الإثراء بلا سبب وي رسم أحكامها .

أما الأركان فهي أن يكون هناك إثراء في جانب ، يترتب عليه افتقار في جانب آخر ، دون أن يقوم سبب قانوني لهذا الإثراء .

وأما الأحكام فتتلخص في أن الثرى يرد إلى المفتقر ما أثرى به الأول في حدود ما افتقر به الثاني .

ويبقى أن نعرض إلى تفصيل هذه الأركان والأحكام .

البضع الأول

أركان الإثراء بلا سبب

٧٥٦ — أركانها ثلاثة : قلنا أن أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ثلاثة : (١) إثراء المدين . (٢) افتقار الدائن المترتب على هذا الإثراء . (٣) انعدام السبب القانوني لهذا الإثراء . هذه هي أركان القاعدة إذا توافرت قامت دعوى الإثراء^(١) . وليس من الضروري بعد ذلك ، كما قلنا ، أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى .

(١) [انظر مارتى وريتو بند ٣٥٠ — ٣٥٢ من ٣١٤ وما بعدها — بيدان ج ٩ مكرر بند ١٧٥١ من ٣٦٤ — دي باج ج ٣ من ٤٦ — ٤٧ بند ٣٧] .

المبحث الأول

إثراء المدين

(Enrichissement du débiteur)

٧٥٧- وجوب تحقق الإثراء: أول ركن لقاعدة الإثراء بلا سبب هو أن يتحقق إثراء المدين . ذلك أن مصدر الالتزام الذي يقرب في ذمته إنما هو هذا الإثراء ، فلا بد من تحققه حتى يقوم الالتزام . أما إذا لم يتحقق الإثراء فلا التزام ، كما لو وفى شخص ديناً عن شخص آخر وتبين أن هذا الدين قد سبق الوفاء به أو أنه لا وجود له . فهنا لم يتحقق الإثراء في جانب الشخص الآخر ولا رجوع للشخص الأول عليه^(١) . وإنما يرجع هذا بما دفع على من دفع له إذا توافرت شروط دفع غير المستحق على ما سنرى . ويمكن القول كذلك إن المدين إذا اقترض مالا فأضاعه لم يكن مسئولاً ، لا بقصد القرض إذا أبطله ، ولا بقاعدة الإثراء بلا سبب إذا ضاع المال فلم يتحقق الإثراء .

والأصل في الإثراء أن يكون إيجابياً ولكن يجوز أن يكون سلبياً ، وأن يكون مباشراً ولكن يجوز أن يكون غير مباشر ، وأن يكون مادياً ولكن يجوز أن يكون معنوياً .

الإثراء الإيجابي والإثراء السلبي :

٧٥٨- الإثراء الإيجابي : يتحقق الإثراء الإيجابي عادة بأن تضاف قيمة مالية إلى ذمة المدين^(٢) . ويتم هذا بأن يكسب المدين حقاً ، عينياً كان أو شخصياً ، أو أن يزيد فيما

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٧ .

(٢) انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٩٢ م ٥ ص ٨٥ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن بناء المسجد من ربح أعين الوقف الذي خلقه المورث قادراً لوصيته لا يعتبر =

يملك من ذلك . فإذا استهلك شخص قدراً من المياه أو النور عن طريق مواسير أو أسلاك خفية كان ما استهلكه قيمة مالية أترى بها^(١) . وإذا أقام الخائر للعقار المرهون بناء في هذا العقار أترى الدائن للرهن من وراء هذا البناء إذ يزيد ضمانه . وإذا قام المستأجر الذي انفسخ عقد إيجاره قبل انقضاء مدته بتحسينات في العين المؤجرة ، أو قام الراسي عليه المزداد بتحسينات في العين التي رسا عليه مزادها ثم نزع العين من يده ، كان في هذا إضرار لمن تؤول إليه العين .

وقد يتحقق الإضرار الإيجابي لا من طريق إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين ، بل من طريق منفعة يمنحها أو عمل يستثمره^(٢) . مثل المنفعة منزل انتفع به شخص دون عقد إيجار^(٣) . ومثل العمل تصمم قام به مهندس^(٤) أو لحن ألفه موسيقى وانتفع الغير بهذا أو بذلك دون

== إضرار بالنسبة لوزارة الأوقاف ، إذ لا يمكن اعتبار المسجد ثروة عادت على الوقف إذ هو بناء خارج عن دائرة التعامل : قضى مدني في ١٦ من نوفمبر سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض السنة الثانية س ٤٣ رقم ٨ .

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ س ١٧٠ .

(٢) ولم تخط قاعدة الإضرار بلا سبب هذه الخطوة إلا بعد تطور . فقد كان الفقه في فرنسا يشترط أن يتحقق الإضرار عن طريق إضافة حق إلى مال المدين (أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٨ — ديموج ٣ فقرة ١٥٠ — رينار س ٢٤٨) . ثم تطور فأجاز أن يكون الإضرار ناتجاً عن منفعة أو عمل (بلانيول وريبير وإسمان ٧ س ٤٨) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا كانت المطالبة بأجر الأرض مؤسسة على أن المدعى عليه شغلها بغير حق وبذلك حرم مالكها المدعى من الانتفاع بها ، وكان واقع الحال أن المدعى عليه قد ادعى أن المباني المشغولة بها الأرض حق البقاء والقرار عليها ورفض ليزالتها ، ثم حكم بدم حقه في ذلك وبوجوب الإزالة ، فإن المدعى يكون بهذا الحكم مستحقاً لتعويض عن فعل المدعى عليه بلا نظر إلى ادعائه عدم انتفاعه بالمباني بغير الزمن ، لأن المالك لم يصعد له بهذا الانتفاع ، والأجر الذي يطالبه إنما هو في مقابل شغل أرضه بلا مسوغ قانوني لا في مقابل الانتفاع بالمباني . ولذلك يكون المدعى عليه مسؤولاً عن أضرار الأرض من يوم استحقاقه عليه إلى يوم إزالة المباني » (محكمة النقض في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٧٠ س ١٥٧) .

و تظراً أيضاً في الإضرار عن طريق الانتفاع بالدين انتفاعاً مؤقتاً حكم محكمة النقض الفرنسية في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ — ١٨ .

(٤) انظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ س ٣٣٨ .

عقد . ومثل العمل أيضاً خطيئة تعمل لخطيئتها دون أجر ثم لا يتم الزواج ، وعارف الأنساب يهدى الوارث إلى ميراث كان يحمله دون اتفاق على الأجر ، والسماح لا تتم الصفقة على يديه ولكنه هو الذى يجمع بين البائع والمشتري ^(١) .

٧٥٩ — الإثراء السليبي : وقد يكون الإثراء سلبياً . ومن صور هذا الإثراء أن يوفى شخص بدين على آخر ، فيترى هذا إثراء سلبياً عن طريق النقص فيما عليه من ديون ^(٢) . مثل ذلك المستأجر يقوم بالترميمات الجسيمة وهى واجبة على المؤجر ، والتاجر يحضر للزوجة ما تحتاج إليه من مؤونة ونفقة واجبة على الزوج ، والمشتري اعقار مرهون يدفع دين الراهن ^(٣) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المتجر الذى ينفق بمجهود شخص وبصلاته التجارية في الخارج يكون قد أثرى على حسابه (محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٢٦٥) .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشتري قد دفع إلى أخى البائع مبلغاً من أصل ثمن المبيع فقام هذا بدفعه إلى صاحب حق امتياز على المبيع وتولى شطب حق الامتياز ، قاعتبرت المحكمة ذلك عملاً من فضولى استفاد منه المشتري والبائع في نحو ما كان مثقلاً به الفاعل المبيع وفي تسوية علاقتهما المالية الناشئة من عقد البيع باحساب هذا المبلغ ضمن المبالغ المسددة من المشتري إلى البائع ، فليس في هذا ما يخالف المادة ١٤٤ من القانون المدنى القديم ، إذ لا جدال في أن البائع قد استفاد من شطب حق الامتياز فيكون ملازماً بقيته المسددة حتى لا يترى على حساب المشتري بغير سبب : قاض مدنى في ٤ من مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى من ٤٦٥ رقم ١١٨ — وانظر مارتو وريتو ج ٢ بند ٣٥٠] .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه « إذا اشترى أشخاص أرضاً ودفعوا ثمنها كاملاً للبائع ، ولم يلتزموا في عقدهم بدفع أى دين على الأرض . ثم اشترى شخص آخر باقى الأرض المملوكة للبائع ، ووجد أنها مرهونة في والأرض المبيعة لسواه من قبل ، فسد ما على الأرض كلها من ديون ، كان الدين اشترى قبله ملازمين بأن يسدوا للشئرى المذكور ما دفعه عن أرضهم ، لانه مع التسليم بعدم التزام هؤلاء للشئرين شخصياً بالدين ، لا أنهم قد استفادوا فعلاً من دفع صاحب الأرض للشئرة مع أرضهم في ضمان الدين . ولا يجوز أن يستفيدوا هذه الفائدة على حساب غيرهم بدون مقابل ، خصوصاً وأن المشتري لم يكن متلوفاً في سداد ذلك الدين ، بل كان مجبراً على سداد ما يدفعه عن أرضه خطر نزع الملكية ، ولم يكن لديه وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر ما دام أن الدين مضمون برهن غير قابل للتجزئة على أرضه وأرض الباقيين . والقول بغير ذلك وعدم التزام من اشترى قبلاً بدفع ما سددته عنهم المشتري الأخير من الدين المطلوب على أرضهم فيه كل معنى الإثراء على حساب الغير ، لأن الإثراء كما يكون بأخذ مبلغ بلا مقابل يكون أيضاً بتوفير مبلغ واجب الدفع ، لأن هذا التوفير يزيد من طريق غير مباشر في ثروة الملتزم بالدفع ، فبدلاً من أن =

ومن صور الإثراء السلبى كذلك أن يجنب الشخص خسارة كان وقوعها محتما، فيثرى
إثراء سلبيا بقدر ما تجنب من خسارة . مثل ذلك الجار يتلف متاعا له حتى يطفىء حريقا
شبت فى منزل جاره ، وربان السفينة يلقي ببعض ما تحمل السفينة حتى ينقذ السفينة من
الغرق (١) .

== تنص نقي كما هي « (عككة استئناف مصر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٥ ص ١٦١) .
وقضت عككة النقض بأن « الكفيل الذى يضمن أحد للمدينين المتضامنين يملك قبل من كفله منهم
الحق فى المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملا بالمادة ٥٥٥ من القانون المدنى (م ٨٠٠ جديد) ، وليس له قبل
المدينين الآخرين إلا أحد سيلاين : (الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قياهم فى المطالبة بما يجوز له
أن يرجع به عليهم وذلك عملا بالمادة ١٤١ من القانون المدنى (م ٢٣٥ جديد) . (والثانى) أن يرجع
عليهم بدعوى الإثراء على حساب الغير عملا بالمادة ١٤٤ (م ١٧٩ جديد) (عككة النقض فى ٧ يناير
سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٢٤ ص ٦١) .

انظر أيضاً فى الإثراء عن طريق سداد دين على للثرى عككة النقض الفرنسية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٩
جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦١٥ — وحكماً آخر فى ٤ يونيو سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ —
١٠٢ — ١ .

(١) ومثل ذلك أيضاً — من قضاء عككة النقض — أن يتقدم ناظر وقف يطلب شراء أطين عال
البذل المتجعد ، فيتقدم شخص محتسباً يمارس فى لإتمام الصفقة ، ويثبت أن الاطيان المراد شراؤها ليست
ملكاً للبائى بل هى موقوفة ولا يصح التصرف فيها . فيشر جهده فائدة كبرى لجهة الوقف إذ يقيه ضياع
آلاف من الجنيهات كانت على وشك الضياع لو تم الاستبدال الذى عمل على منعه . فالشخص المحتسب هنا
قد افترى بقدر ما تكلفه من مصروفات وأصاب عمالة للوصول إلى النتيجة التى وصل إليها ، وجهة الوقف
قد أثرت على حسابها بقدر ما جنبها من خسارة كانت على وشك تحملها . وتكون مطالبة هذا الشخص
المحتسب لجهة الوقف بما تحمسه من مصروفات وأصاب عمالة هى مطالبة بمن أفاد لمنفع بما استفاد ،
وتكون دعواه هى دعوى الإثراء بغير سبب (عككة النقض فى ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم
٣٧٣ ص ١١٤٥) .

انظر أيضاً فى الإثراء عن طريق تجنب للثرى خسارة أو التوفير عليه فى مصروف ، عككة النقض الفرنسية
فى ١٥ يناير سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ — ١ — ٧٥ (إطفاء حريق) — وحكماً آخر فى ٢٣ أبريل
سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٥١٣ . وانظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩
(١٨) — ديموج ٣ فقرة ١٤٩ .

[وراجع حكم عككة الجزية الابتدائية الصادر فى دعوى مقامة ضد وزارة التربية والتعليم للمطالبة بتعويض
عما لحق أحد موظفيها من أضرار أثناء مدافسته عن الطلبة والأساتذة ضد هجوم بعض الأهالى عليهم فى القطار
أثناء قيامهم برحلة تدرسية استقداً لتواعد الإثراء بلا سبب بقوله إنه لولا التضحية التى قام بها المدعى ==

الإثراء المباشر والإثراء غير المباشر :

٧٦٠ — **الإثراء المباشر :** يكون الإثراء مباشراً إذا انتقل ، في أية صورة من صوره ، مباشرة من المفقّر إلى مال المثرى ، إما بفعل المفقّر وإما بفعل المثرى نفسه . مثل الانتقال بفعل المفقّر من يدفع دين غيره ، والمستأجر يقوم بالتقديرات الجسيمة في العين المؤجرة^(١) . ومثل الانتقال بفعل للمثرى من يستولى على مال لغيره دون حق ، ومن يستهلك المياه والنور من مواسير وأسلاك خفية^(٢) . وقد يكون الانتقال بقوة قاهرة ، كما يحدث في طرح البحر ، فيكون الإثراء مباشراً .

٧٦١ — **الإثراء غير المباشر :** ويكون الإثراء غير مباشرة إذا تدخل اجنبي في

== لأصيب الطلبة والأساتذة بأضرار بليغة ولتكدت الوزارة بمبالغ كبيرة في تعويض أولياء أمورهم ، بأن وزارة التربية والتعليم لا تسأل عملاً بالمادتين ١٧٣ و ١٧٤ مدني إلا عن خطأ تابعيها ، أما ما يسيبه الغير من ضرر لتابعيها فليس تلاخيزين ، لا أن يرجعوا بالتعويض على هذا الغير وبالتالي يكون استناد المدعي في دعواه إلى الإثراء بلا سبب لا سند له من القانون (الميزة الابتدائية في ١٨ من مايو سنة ١٩٦٠ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم السنة ٦٠ من ٣٢١ رقم ٤٣) . وبلاحظ على هذا الحكم أنه خاطئ بين الإثراء بلا سبب ، الذي استند إليه المدعي في مطالبته ، وبين مسئولية التسرع عن أعمال تابعيه ، التي استندت المحكمة إلى أحكامها في القضاء برفض الدعوى] .

(١) أنظر في أمثلة أخرى من القضاء المصري محكمة استئناف مصر في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٤٣ (الراسي عليه المزايد أحدث إصلاحات في العين التي رسا مزادها عليه) — محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ من ٢٠١ وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ١٣٥ (المستأجر التي أبطل لإجباره أو فسخ أحدث إصلاحات في العين المؤجرة) — محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ١٣٩ وفي ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ من ٣٣٨ (المهندس الذي قام بعمل مشروعات أو تصحيات) محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ وفي ٢٦٥ وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ١٧ جازيت ٤٢ وفي ١٠ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ٢٣٧ وفي أول مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ٦٨ (التاجر والحامي والسارسار يؤدون خدمات دون سابق اتفاق) .

(٢) استئناف مختلط في ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ١٧٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . انظر أيضاً استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٩٦ م ٩ من ١٨ (شخص ينتقم بتقود مملوكة لغيره دون عقد قرض) — استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٣٣٨ (شخص يسكن عقاراً مملوكاً لغيره دون عقد إيجار) .

نقله من مال المفقر إلى مال الثرى^(١). وقد يقع تدخل الأجنبي عن طريق عمل مادي كربان السفينة يلقي ببعض ما يحمل إلى البحر لإقضاء الباقي من الفرق، وكفرقة إطفاء الحريق تتلف متاعاً للغير حتى تتمكن من إطفاء الحريق، وكالمنصب يبنى بمواد غيره في الأرض المنقصة^(٢). وقد يقع التدخل عن طريق عمل قانوني. مثل ذلك أن يشتري شخص سيارة من آخر، ثم يدفعها إلى « ميكانيكي » لإصلاحها، ويذسخ عقد بيع السيارة، فيرجع الميكانيكي وهو المفقر بمصروفات الإصلاح على البائع وهو الثرى، ويكون المشتري هنا هو الأجنبي الذي تدخل بعمل قانوني من نقل الإثراء من المفقر إلى الثرى، والعمل القانوني هو عقد المعاوضة الذي أبرمه المشتري مع الميكانيكي لإصلاح السيارة^(٣).

ومثل ذلك أيضاً مستأجر الأرض الزراعية يشتري سماداً للأرض من تاجر دون أن يدفع ثمنه، فإذا حجز المالك على زراعة المستأجر التي انتفعت بالسماد جاز للتاجر وهو المفقر أن يرجع على المالك وهو الثرى بقدر ما عاد به السماد على الزراعة من نفع في حدود الثمن، والأجنبي الذي تدخل هنا هو المستأجر، وتدخله وقع عن طريق عمل قانوني هو شراء السماد^(٤). ومثل ذلك أخيراً أن يعتمد مدير شركة إلى استخلاص أسهم

(١) [يرى دى باج أن الإثراء غير المباشرة يتصل بانضمام السبب أكثر مما يتصل بتوافر الإثراء : انظر دى باج ج ٣ ص ٤٧ فقرة ٣٧] .

(٢) وقد يكون الأجنبي التدخل يصل مادي هو فاعل الوقف يقتض مالا دون إذن القاضي بدخل به تحيينات على العين الموقوفة فيطيل القرض ويرجم القرض على الوقف بدعوى الإثراء (محكمة الاستئناف المختلطة في أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥٩) وأنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ و ٧٦ وفي ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ و ١٣٣ وفي ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ٣٤٥ . وأنظر أيضاً استئناف مختلط في ٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ٦١ .

(٣) وللميكانيكي بناءه أن يرجع على المشتري الذي تعاقد معه على إصلاح السيارة بدعوى القدر .

(٤) انظر مارافان (Maravent) في رسالة المنشورة في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٧٢ — [وانظر كذلك مارتى وريتو ج ٢ ص ٣١٥ بند ٣٥٢] — هذا وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأنه « إذا مرض المالك أرضه للتأجير بالزاد ورسا مزادها على شخص دفع التأمين ، وبعد فوات المدة المسموح فيها بتقديم عطاءات جديدة زرع الأرض ثم أجرها المالك لآخر بناء على شرط في قائمة المزاد يسمح له بذلك ، كان المالك ملزماً بأن يرد إلى من رسا عليه المزاد قيمة ما صرفه في الزراعة لأنه زرع في أرضه بحسن نية ولأنه لا يجوز قانوناً الإثراء بل مقابل . وإذا كان المالك سلم الأرض بإعاليها :

لها برهنها في قرض يعود بالنفع على شركة أخرى هو أيضاً مديرها ، فترجع الشركة الأولى وهي المفترقة على الشركة الثانية وهي للثرية بدعوى الإثراء ، والأجنبي الذي تدخل هنا هو المدير الذي اختلس الأسهم ، والعمل القانوني الذي عن طريقه تم التدخل هو عمل من أعمال الإدارة قام به المدير بالنسبة إلى الشركة الثانية فجعلها تزدفع بالقرض الذي حصل عليه برهن الأسهم المختلسة^(١) .

الإثراء المادي والإثراء المعنوي :

٧٦٢ - **الإثراء المادي :** الأصل في الإثراء أن يكون مادياً . وفيما قدمناه من الأمثلة في الإثراء الإيجابي والسلبي ، والمباشر وغير المباشر ، ما يبين منه أن الإثراء هو قيمة مالية أو منفعة مادية انتقلت إلى ذمة المثرى .

== من الزراعة إلى مستأجره حق له أن يطالبه بما انتفع به من زرع غيره . أما الراسي عليه المزار فلا علاقة له بالمستأجر حتى يطالبه بشئ ما ، (استئناف أسيوط في ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٣٩ ص ٧٢) . هذا ويلاحظ هنا أن الإثراء في حالة رجوع الراسي عليه المزار على المالك هو إثراء مباشر ، وفي حالة رجوع المالك على المستأجر هو إثراء غير مباشر ، بتدخل من الراسي عليه المزار عن طريق أعمال مادية أو أعمال قانونية وفقاً لطبيعة العمل الذي قام به الراسي عليه المزار لزراعة الأرض .
وكالمستأجر للأرض الزراعية يزرع فيها زرعاً للمقاول يقيم بناء على أرض مؤجرة تنفيذاً لمقد يتم بينه وبين المستأجر ، فيحق للمقاول الرجوع على المالك بدعوى الإثراء ، والإثراء هنا غير مباشر بتدخل من المستأجر عن طريق عمل قانوني هو العقد الذي تم بينه وبين المقاول (انظر محكمة مصر الابتدائية الوطنية في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠) . ودعوى الإثراء التي تنطبق للمقاول في هذا القرض هي غير حق الامتياز الذي قرره القانون المدني الجديد للمقاولين (قانون حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣) — ويلاحظ في هذه الأمثلة أن المؤجر لم يشترط في عقد الإيجار أن يكون البناء أو التراس له عند نهاية الإيجار وإلا لكان لإثراءه سبب هو عقد الإيجار كما سيأتي .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ . أما الفقه في مصر فكالفضاء يميز الإثراء غير المباشر (والتون ٢ ص ١٧٤ — ص ١٧٧ — للوجز المؤلف فترة ٣٨٦ — حشمت أبو سنيت فترة ٥٣٧) — ولا يميز القانونان الألماني والموسبري الإثراء غير المباشر (انظر رسالة موسيو (Moston) ص ١٢١ — ص ١٢٣ و ص ١٦٠ — ص ١٦٥) . والتفتين للمصري الجديد لم يتعرف عن تعاليمه للماضية فهو ، كالتفتين القديم ، يميز الإثراء غير المباشر (انظر في هذا الموضوع رسالة مارافان ص ٧١ — ص ٧٤ وخاصة آخر ص ٧٤) .

٧٦٣ - **الاثراء المعنوى** : ولكن الإثراء قد يكون معنوياً ، كأن يكون :
إثراء عقلياً أو أدبياً أو صحياً . فالمدرس وهو يعلم التلميذ يجعله يثرى إثراء عقلياً . والمحامى
وهو يحصل على حكم براءة المتهم يجعله يثرى إثراء أدبياً . والطبيب وهو يشفى المريض
يجعله يثرى إثراء صحياً . فهل يصاح الإثراء المعنوى كالإثراء المادى ركناً لقاعدة الإثراء
بلا سبب ؟

ارتطمت هذه القاعدة هنا ، كما ارتطمت فى الإثراء الناتج عن منفعة أو عن عمل وفى
الإثراء غير المباشر ، بمقبات ما لبثت أن ذلتها . فقد رأينا كيف أن الفقه فى فرنسا كان يأبى أن
يتحقق الإثراء عن طريق منفعة أو عمل ، ثم تطور فأجاز ذلك ، وتحورت قاعدة الإثراء
من هذا القيد . ورأينا كيف أن النظرية الرومانية تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر ،
ولكن قاعدة الإثراء تحورت من هذا القيد أيضاً فى فرنسا وفى مصر . وهنا كذلك نرى
أن القانونين الألمانى والسويسرى يشترطان فى نصوصهما أن يكون الإثراء ذا قيمة مادية
(auf dessen kosten) ، ونرى جانباً من الفقه فى فرنسا بهذا رأى^(١) . ولكن قاعدة
الإثراء تحورت أيضاً من هذا القيد الثالث . وأصبح جمهور الفقهاء فى مصر^(٢) وفى
فرنسا^(٣) يقولون بجواز أن يكون الإثراء معنوياً مادام من المستطاع أن يقدر بمال ،

(١) رينار (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٠) ص ٢٤٨ — بنكاز (Bonnecase)
ملحق ميسومر بودرى ص ٣٤٢ . ويلاحظ أن هذا الجانب من الفقه فى فرنسا الذى يقول بهذا رأى هو
الجانب الذى ينظر إلى قاعدة الإثراء بلا سبب نظرة مادية على اعتبار أنها تنظم علاقة ذمة مالية بذمة مالية
أخرى ، لا نظرة ذاتية على اعتبار أنها تنظم واجبات الأفراد الأدبية بعضهم ببعض . ومن هذا رأى
الأخير الأستاذ ريبير فى كتابه المعروف « القواعد الأدبية فى الالتزامات » . وقد سبقت الإشارة
إلى ذلك .

وتجدر الإشارة إلى أن بعض ضروب الإثراء المعنوى يمكن اعتباره ذا قيمة مادية ، كما فى براءة المتهم
وفى شفاء المريض .

(٢) والتون ص ١٨٦ - الموجز للمؤلف بقرة ٣٧٩ ص ٣٨٧ - الدكتور حشمت أبوسقيت فى
نظرية الالتزام بقرة ٥٣٥ ص ٣٩٠ - مارافان (Maravent) مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ٥٩ - ص ٦١ .
(٣) بلانول وريبير وإسمان ٧ بقرة ٧٣٥ ص ٤٩ - روست (المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة =

سواء في ذاته أو من ناحية الافتقار الذي يقابله^(١). وبهذا الرأي جرى القضاء في فرنسا^(٢) وفي مصر^(٣).

(١٩٢٢) م ٥٤ — موسيو (Mosiou) م ١٩٧ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة — ١٢٦٧ — جوسران ٢ فقرة ٥٦٩ — ديموج ٣ فقرة ١٥٠ م ٢٤١ — [ملوتى وريشو ٢ م ٣١٤ بند ٣٥٠].

ويلاحظ أن الإثراء المنوي في قاعدة الإثراء بلا سبب عانى من الصعوبات في الاعتراف به ما عاناه الضرر الأدبي (préjudice moral) في نظرية المسؤولية التقصيرية. على أن الضرر الأدبي قد أصبح الآن معترفاً به إلى حد أبعد من الحد الذي اعترف فيه بالإثراء المنوي (انظر في هذا المعنى ديموج ٣ فقرة ١٥٠ ومارافان مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ م ٦٠). ويقول الأستاذ فرانسوا جوريه في كتابه في الإثراء على حساب الغير (باريس م ٦٧ — م ٦٣) إن التمييز بين الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية أوسع مدى من التمييز بين الإثراء المنوي في قاعدة الإثراء بلا سبب. وسئل ذلك بأن التمييز في المسؤولية التقصيرية ليس عدلًا (équivalent) عن الحسارة التي لحقت بالضرر، بل هو عوض (compensation) عن هذه الحسارة؛ أما في الإثراء بلا سبب فالتمييز هو تعديل الإثراء لا عوض عنه، و التعديل غير العوض، إذ الحسارة الأدبية التي لا يمكن تقديرها بحال قد يكون لها عوض ولا يكون لها تعديل. فإذا لم يكن الإثراء المنوي مما يمكن تقديره بحال فمن أن يكون له تعديل، وإن جاز أن يكون له عوض، فلا يصح أن يقوم ركناً في قاعدة الإثراء بلا سبب. ونحن نرى أن التمييز ما بين التعديل والعوض في نظرية الإثراء بلا سبب دون نظرية المسؤولية التقصيرية إما يرجع إلى متخلف من نزعة الاستعصاء المألوفة التي لا تزال نظرية الإثراء بلا سبب تواجهها حتى اليوم.

(١) انظر بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٣ م ٤٩ — مارافان مجلة مصر المصرية م ٦١.
(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يولييه سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ — ١ — ٤٥٧ — وفي ١٣ يونيو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ٥٩٦ — وفي ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١٢ — ١ — ٢١٧ — وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ — ١ — ١٧٧ — وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ م ١٨١ — محكمة موندية في ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ — ٢ — ٢١٣ (الأجر عن التدريس في حالة إعدام والده التلميذ وسنرى في موضع آخر أن إثراء التلميذ هنا له سبب قانوني) — محكمة إكس في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠ — ٢ — ٢٥٠ (تجسين حالة مريض في مستشفى الأمراض العقلية وكانت قواعد الفضاة هي المنطقة في هذه القضية).

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٢٦٥ (الاتفاق بالصلوات التجارية). وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم — ومع ذلك انظر حكماً لمحكمة طنطا الوطنية في ٢٦ يونيو سنة ١٩٣٥ (المقامة ١٥ رقم ٣٣٢ م ٤٠٧) تقول فيه: «أما الإثراء الأدبي الذي يستقيم تحسين حالة فرد أو جماعة من ناحية أدبية احتيالية محضة فلا تغطي حقاً في دعوى الإثراء بلا سبب وإن كان القضاء الفرنسي قد أجاز أخيراً هذه الدعوى لمدائن الذي زاد في ثروة الدين العقلي والمخافة كالربى».

المبحث الثاني

افتقار الدائن^(١)

(Appauvrissement du créancier)

٧٦٤ - الافتقار وهو إفقار السببية بالإثراء : الركن الثاني لقاعدة الإثراء بلا سبب هو افتقار الدائن افتقاراً ترتب عليه إثراء المدين . فيجب إذن أن يكون هناك افتقار في جانب الدائن ، وأن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين افتقار الدائن وإثراء المدين^(٢) .

٧٦٥ - وهو بخص الافتقار^(٣) : فإذا تحقق الإثراء في جانب شخص ، ولم

= ونحن لا نتردد في القول بمجواز أن يكون الإثراء معنوياً — وقد استعملنا لفظ « المعنوي » هنا بمعنى واسع فشمّل الإثراء المصحى والجسمى ويعتبر هذا من الإثراء عادة لإثراء ذات قيمة مادية ، سواء في ظل التقنين المدني القديم أو في ظل التقنين المدني الجديد (أنظر مازافان مجلة مصر المصرية ص ٦١ حاشية رقم ٦) . فلو أن بنته للآثار وقتت إلى كشوف أثرية تريخ النصوص عن حقائق علمية وتاريخية ، وكان الاتفاق بينها وبين مصاحبة الآثار أن يكون لهذه المصلحة ملكية هذه الكشوف ، لجاز في رأينا أن يكون لدائنتي هذه البنت الرجوع على مصاحبة الآثار بما أثرت به من قيم معنوية — وهنا يمكن تقديرها بالمال — في حدود ما لهم من ديون من ذمة البنت صرفت في القيام بهذه الكشوف الأثرية .

(١) [مارتى وريتر ج ٢ بند ٣٥١ ص ٣١٤ — دى باج ج ٣ بند ٣٨ ص ٤٧ — بيدان ج ٩ مكرر بند ١٧٥٢ ص ٣٦٥] .

(٢) وقد رأينا أن بعض الفقهاء يذهب إلى أنه يكفي لإثراء المدين دون أن يقابل ذلك افتقار في جانب الدائن ، ويقيرون قاعدة الإثراء بلا سبب على المنفعة المستحدثة (profit créé) مقابلين بينها وبين الضرر المستحدث (risque créé) . ولكن هذه النظرية ، كمنظرة الضرر المستحدث أو تحمل التبعة ، لم يقبض لها النجاح لا في القضاء ولا في الفقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٣) [وللنقد بالافتقار هو نفس مجموع محتويات الذمة المالية أيأ كان سبب هذا النقص سواء كانت فعل للافتقار أو فعل المترى أو فعل الغير أو فعل الطبيعة . على أنه إذا حدث الافتقار بفعل إرادى وجب أن لا يكون لهذا الفعل باعث دافع إلى الافتقار دون مقابل ، لأنه لو كان له باعث اعتبر الفعل تبرعاً وكان هذا التبرع سبباً للافتقار ولم يكن الافتقار دون سبب ، ومثل ذلك أن تحجز جدة أولاد بنتها التي توفيت أثناء دعوى الطلاق المرفوعة عليها من زوجها وبالرغم من صدور حكم الزوج بتسلم أولاده ، فتفق عليهم مدة =

يقابله افتقار في جانب الشخص الآخر ، لم يكن هناك مجال لتطبيق قاعدة الإثراء . ذلك أن المتري لا يلتزم إلا بدفع أدنى القيمتين ، قيمة الإثراء وقيمة الافتقار والفروض أن الافتقار معدوم فلا يلتزم المتري إذن بشيء .

ويرتّب على ذلك أنه إذا أنشأ شخص حديقة في منزله يطل عليها منزل الجار ، وجعل هذه الحديقة حتى أصبحت سبباً في رفع قيمة منزل الجار ، فالجار في هذه الحالة يكون قد أثرى . ولكن صاحب الحديقة لم يفقر ، فإنه أنشأ الحديقة لمنفعته وقد جنى هذه المنفعة كاملة ، وما أنفق في إنشاء الحديقة وتجديدها قد عاد عليه بالفائدة التي قدرها . فهو قد أخذ المقابل لما أنفق ، ولم يخسر شيئاً ، فلا يرجع شيء على جاره ^(١) .

كذلك إذا استحدث المستأجر ، دون اتفاق مع المالك ، إصلاحات في العين المؤجرة تزيد في منفعتها ، واستوفى هذه المنفعة كاملة ، فإنه لا يرجع على المالك شيء ، وليس له إلا أن ينزع ما استحدثه من الإصلاحات وأن يعيد العين إلى حالتها الأصلية ، بل يجب عليه ذلك إذا طلب المالك ^(٢) .

== من الزمن ، فلا يجوز لها أن ترجع على أيهم بما أنفقت عن طريق دعوى الإثراء لأنها كانت تستطيع أن تسلم الأولاد إلى أيهم وتمنّى نفسها مما أنفقت ولكن وجد لديها باعث دفعها إلى هذا الإثاق فيعتبر إغاثتها تبرعاً ويكون هذا التبرع سبباً لافتقارها ، ومتى كان هذا الافتقار ليس دون سبب فإنه لا يجوز لها دعوى الإثراء : صلاح الدين التامى ص ٩٨ وجوزبه في تعليق له على حكم نقض فرنسي مدني ٦ ماي سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ قسم القضاء ص ٦٠٩ وسليمان مرقس هامش صفحة ٧٢٧] .

(١) ويقال على هذا التمثل كل حالة ينفق فيها الشخص جلب منفعة يتوفىها — بقوى جسراً أو بشق ترعة أو يحمل مبنى أو يصنع حياً — فهو قد انتفع بقدر ما أنفق ، وإذا كان غيره قد أناد من عمله فهو لم نأفقه أية خسارة . ويمكن القول هنا إن الافتقار له سبب هو المنفعة التي حصل عليها . ولكن « سبب » الافتقار غير « سبب » الإثراء ، وسنرى ذلك عند بحث ركن انعدام السبب (أنظر بلايول وريبر وإسمان ٧ فقرة ٧٦١) .

وبلاحظ أن بعض المحاكم تعتبر خطأً عن المعنى الذي نحن بصدده بانعدام السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار ، فتقول في شخص يقيم بناء . منفعته فيستفيد جاره عرضاً من هذا البناء ألا عمل هنا للطالبة بدعوى الإثراء « لأن المنفعة جاءت من طريق غير مباشر » ... « والواجب أن يكون بين الاستفادة والضرر رابطة السببية » . (الواسطي في ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٧٥ ص ١٠٩٥) .

(٢) وسنرى عند الكلام في الفضاة أن المستأجر إذا أجرى إصلاحات في العين المؤجرة لمنفعة الشخصية ==

ويتحقق افتقار الدائن على النحو الذى يتحقق به إثراء المدين ، فيكون الافتقار إيجابياً أو سلبياً ، مباشراً أو غير مباشر ، مادياً أو معنوياً .

٧٦٦ — **افتقار الإيجابى والافتقار السلبى** : يكون الافتقار إيجابياً إذا فقد المفقتر حقاً ، عينياً كان أو شخصياً ، أو انتقص حق له . ويتحقق هذا عادة بالإففاق . فإذا أنفق الرامى عليه المزداد لإصلاح العين التى رسا عليه مزادها ثم آلت العين إلى شخص آخر ، أو دفع شخص ديناً فى ذمة غيره ، أو قام مسام فى شركة برفع دعوى تحمل نفقتها ليسترد من مدير هذه الشركة مالا لها فى يده ^(١) ، ففى كل هذه الأحوال يكون هناك افتقار إيجابى فى جانب المفقتر .

ويكون الافتقار سلبياً إذا فاق المفقتر منفعة كان من حقه أن يحصل عليها . فيفقتر ، لا بقدر ما تحمل من خسارة كفى الافتقار الإيجابى ، بل بقدر ما فاته من منفعة . مثل ذلك أن يقوم المفقتر دون اتفاق بأداء عمل الغير ، فيفقتر بما فاته من منفعة هى أجر هذا العمل . ومثل ذلك أيضاً أن يسكن شخص منزلاً لآخر دون عقد إيجار ، فيفقتر صاحب المنزل بما فاته

== لا يكون ضرورياً ولا يتطبع أن يرجع بدعوى الفضاة على المالك ، لأنه لم يقصد بعمله إلا تدير شؤونه الشخصية لا تدير شؤون المالك . فالتأجر فى هذه الحالة لا يرجع على المالك لا بدعوى الفضاة ولا بدعوى الإثراء بلا سبب . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بما يأتى : « إن عمل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضول هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضول لحساب المالك لا لحسابه الخاص لفرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً . فنتأجر الأرض التى يجرى تحسينات فيها وقيم مبانى ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصى رغم الحظر الصريح عليه فى عقد الإيجار بعدم إجراء شئ من ذلك إلا بأمر المالك ، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات فى العين المؤجرة » . (استئناف مصر فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٨ س ١٧٥ — المحاماة ١٨ قم ٧٧ فى ١٥٠) . ويبدو أن المحكمة أسست رئيس دعوى الإثراء على انعدام السبب القانونى ، وكان الأولى أن تؤسسه على انعدام الافتقار .

(١) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ جازبت ٢ س ٦٣ — انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ س ٤٣٨ — وقارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ س ٣٢٠ .

من منفعة هي أجرة منزله . ومثل ذلك أخيراً المهندس صاحب التصميم ، والموسيقى صاحب اللحن ، والعارف بالأنساب الذى هدى الوارث إلى ميراثه ، والسمسار الذى جمع ما بين البائع والمشتري ، كل هؤلاء افترضوا بما فاتهم من منفعة هي أجر عملهم ، فافتقارهم إذن سلبى ^(١).

ويلاحظ أن الافتقار السلبى لا يقابله ضرورة إثراء سلبى . فكثيراً ما يحدث أن يقابل الافتقار السلبى إثراء إيجابى ، كما هو الأمر فى الحالات المتقدمة وفى كل حالة أخرى يقدم فيها المفترق عملاً أو منفعة للمترى ، فإن الإثراء الناتج عن العمل أو المنفعة يكون إثراء إيجابياً ويكون الافتقار المقابل لهذا الإثراء افتقاراً سلبياً كما رأينا . وبالعكس قد يقابل الإثراء السلبى افتقار إيجابى ، فمن يدفع دين غيره يفترق افتقاراً إيجابياً يقابله إثراء سلبى فى جانب الدين .

٧٦٧ - **الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر** : وعلى العكس من ذلك الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر ، فكل افتقار مباشر يقابله إثراء مباشر ، وكل افتقار غير مباشر يقابله إثراء غير مباشر . ذلك أن القيمة المالية إذا انتقلت مباشرة من مال المفترق إلى مال المترى فإن كلا من الإثراء والافتقار يكون مباشراً فى هذه الحالة . وإذا انتقلت القيمة المالية بتدخل أجنبى ، تدخل ماديّاً أو تدخل قانونيّاً ، فكل من الإثراء والافتقار غير مباشر . وقد مرت بنا الأمثلة على كل ذلك .

٧٦٨ - **الافتقار المادى والافتقار المعنوى** : وإذا كان الأصل فى الافتقار أن يكون ماديّاً كما مر بنا فى الأمثلة المتقدمة ، فإنه كالإثراء قد يكون معنويّاً . فالشخص الذى نفع متجراً بصلاته التجارية الواسعة لم يفترق افتقاراً ماديّاً بل معنويّاً ^(٢) . وهذا هو الشأن فى

(١) انظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ .
(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ (وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

افتقار المهندس الذى يعمل فى مصنع فيعثر على اختراع يفيد منه المصنع^(١) .

٧٦٩ — السببية المباشرة بين الافتقار والإثراء : ولا يكفى أن يتحقق الافتقار . بل يجب أيضاً ، كما أسلفنا القول ، أن يكون هذا الافتقار هو السبب المباشر فى إثراء اللدين^(٢) . وتقوم السببية المباشرة ما بين الافتقار والإثراء إذا كانت واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل منهما ، كما رأينا فى الأمثلة التى قدمناها فى الصور المختلفة للإثراء والافتقار . فإذا دفع شخص دين غيره ، فإن افتقاره وإثراء اللدين لما سبب مباشر واحد ، هو دفع الدين . وليس من الضروري أن تكون واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل من الإثراء والافتقار ، بل يكفى حتى تقوم هذه السببية المباشرة التثبت من أن إثراء اللدين لم يكن ليتحقق لولا افتقار الدائن . وهذه مسألة واقعة لا مسألة قانون ، يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف القضية ولا مقبب عليه فى ذلك^(٣) .

وعند تعدد أسباب الإثراء يجوز أن نحلل علاقة السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار على النحو الذى حللنا به علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر فى المسؤولية التقصيرية . ويمكن هنا أيضاً للفاصلة بين نظريتي تكافؤ الأسباب (équivalence des causes) والسبب المنتج (cause efficiente) ، والوقوف عند نظرية السبب المنتج للقول بوجود سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء . فإذا تبين أن الافتقار كان هو السبب للفتح للإثراء وجدت العلاقة المباشرة فيما بينهما .

ويترتب على ما قدمناه أن المدينة إذا اتسعت رقعتها وعلت قيمة مبانها ، فليس من

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ .

(٢) [انظر فى عرض الآراء المختلفة ففكرة السببية أو التفاعل بين الافتقار والإثراء : مارتى وورينو ج ٢ بند ٣٥٢ ص ٣١٥ — دى باج ج ٣ ص ٤٨ بند ٣٩ — سيدان ج ٩ مكرر بند ١٧٥٣ ص ٣٦٦] .

(٣) مازان مجلة مصر المصرية ص ٩١ — ص ٩٣ — ديموج ٣ فقرة ١٥٦ — أوبرى ورو وبارتان ٩ ص ٣٥٨ — بلاتول وريبير ولامان ٧ فقرة ٧٥٥ .

الضروري أن تكون هناك سببية مباشرة ما بين اتساع رقعة المدينة وعلو قيمة المباني . فكل هذه القيمة يرجع لأسباب متعددة قد يكون اتساع رقعة المدينة من بينها ، ولكن هذا السبب لا يكون في الراجح هو السبب المنتج ، إذ أن المباني في كثير من المدن الصغيرة عالية القيمة ، بل يحدث أن يكون صغر المدينة هو السبب في علو قيمة المباني^(١) . ولكن توسيع شارع قديم أو فتح شارع جديد يكون في كثير من الأحوال هو السبب المنتج في علو قيمة الأرض الواقعة على جانبي الشارع^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى ديموج ٣ فقرة ١٥٦ ص ٢٥١ .

(٢) ويؤيد ذلك القوانين الخاصة التي تجعل للحكومة الحق في تقاضي تعويض من ملاك الأراضي على جانبي الشارع الجديد في مقابل ما ظفروا به من علو قيمة أراضيهم بسبب هذا الشارع الجديد . هذا وهناك رأى يقضى بأنه إذا كان افتقار الدائن مقترناً بخطأ منه ، فلا يستلحق الرجوع بدعوى الإثراء (كولان وكابيتان وجوليودي لامورانديير ٢ باريس سنة ١٩٤٨ فقرة ٤١١ ص ٢٩٩ — بلانول وريير وبولانجييه ٢ باريس سنة ١٩٤٩ فقرة ١٢٦٩ — ذهني في نظرية الالتزام فقرة ٧٠٦) . ويستند هذا الرأي إلى حكم صدر من محكمة النقض الفرنسية (١١ بولية سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٨٩ — ١ — ٣٩٣) في قضية ثبت فيها أن مصرفاً أعطى مديناً قرضاً لبني بدين عليه مضمون برهن في الدرجة الأولى ، وأهمل المصرف في أن يقوم بإجراءات الحلول على الدائن المرتهن الأول ، وترتب على هذا الإهمال أن الدائن المرتهن في المرتبة الثانية ارتفع إلى المرتبة الأولى . فرجح المصرف على هذا الدائن بدعوى الإثراء إذ قد استفاد من افتقار المصرف فأصبح في المرتبة الأولى وجاء المصرف بعده ، فرفضت المحكمة دعوى المصرف ، وبنت حكماً على أن المصرف قد أهمل في عدم اتخاذ إجراءات الحلول . والرأي الصحيح في نظرنا أن المصرف ترفض دعواه لأنه أهمل في عدم اتخاذ إجراءات الحلول فكانت عليه محكمة النقض الفرنسية ، بل لأن الدائن الذي ارتفع إلى المرتبة الأولى قد أثرى بسبب مشروع إذ استفاد بمقتضى مركز قانون وضعه فيه القانون ، وسرى تفصيل ذلك في الكلام عن سبب الإثراء .

ولا يوجد في القواعد العامة التي يقوم عليها مبدأ الإثراء بلا سبب ما يؤيد الرأي الذي تنقده . ذلك أنه متى ثبت أن شخصاً افتقر فاعتق غيره على حابه دون سبب مشروع ، فإن العدالة تقضى بتعويض المتفقر ، سواء اقترن افتقاره بإهمال منه أو لم يقترن . ولما وجب التعويض لأن أحد الشخصين اغتنى على حساب الآخر دون سبب مشروع ، وهذا الأساس قائم سواء كان المتفقر مهملًا أو غير مهمل .

يؤيد ذلك أن التطبيقات التفسيرية لمبدأ الإثراء بلا سبب لم يخل بعضها من أن يكون المتفقر فيها مهملًا بل سبب التهمة . فمن بين أو غرس في أرض غيره ولو بسوء نية لم يحرم من التعويض (م ٩٢٤) . كذلك لم يميز المشرع فيما يتعلق مع ناقص الأهلية بين حسن النية وسيتها فكلهما يستلحق الرجوع بدعوى الإثراء فيها إذا طلب ناقص الأهلية لإبطال العقد (م ١٤٢) .

(انظر في هذا الموضوع الموجز للدولف فقرة ٣٨٣ وقد قلنا عنه ما قدمناه في هذا الصدد . وانظر الدكتور حشمت أبو سبت في نظرية الالتزام فقرة ٥٣٦ في آخرها) .

المبحث الثالث

انعدام السبب

(Absence de cause)

٧٧٠ — نجرد الإثراء عن سبب يبرره : يجب ، حتى تقوم دعوى الإثراء ، أن يتجرد الإثراء عن سبب يبرره . ذلك أن الإثراء إذا كان له سبب فلا محل لاسترداده ، وللمتري أن يحتفظ به ما دام أن له سبباً يبرر الحصول عليه^(١) .

ولكن الفقهاء اختلفوا في تحديد معنى « السبب »^(٢) . وكان هذا الاختلاف من أهم العوامل في تمعيد نظرية الإثراء وفي النموض الذي أحاط بها حقبة طويلة . ونحن نستعرض في إيجاز بعضاً من هذه الآراء الفقهية المتعارضة ، ثم نبين معنى « سبب الإثراء » في التقنين المصري الجديد .

اختلاف الفقهاء في تحديد معنى السبب :

٧٧١ — المعنى الأدبي : يرى الأستاذ ريبير في مؤلفه المعروف « القاعدة الأدبية »^(٣) ، أن المعنى المقصود من السبب هو معنى أدبي . وعنده أن الإثراء يكون له سبب إذا كان من المدل أن يستبقى المتري ما أفاد من الإثراء دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر . ولذلك نراه يسمي الإثراء بلا سبب « الإثراء غير العادل » (enrichissement injuste) . وهو يترك

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ فقرة ٤٠ من ٣١٥ — [انظر دي باج ج ٣ بند ٣٢ من ٤٠ وبند ٤٠ من ٤٨ — وانظر سيدان ج ٩ مكرر حيث يفرق بين سبب الانتفاع (بند ١٧٥٤) وسبب الإثراء (بند ١٧٥٥)] .

(٢) [انظر في بيان النظريات المختلفة في تحديد معنى السبب : مارتى ورينو ج ٢ بند ٣٥٣ من ٣١٦ — ويري دي باج أن معنى السبب في نظرية الإثراء بلا سبب هو نفسه معنى السبب في العقد : دي باج ج ٣ بند ٢٦ من ٣١] .

(٣) فقرة ١٤٧ .

للقاضي تقدير ما إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى إثرائه فلا يحكم بالرد ، والاحكام به .
وينهب الأستاذ بنكاز (Bonnetcase) هو أيضاً إلى هذا المعنى الأدبي ^(١) .

وغنى عن البيان أن ترك قاعدة الإثراء بلا سبب إلى معنى غامض غير محدد ، هو المعنى العام للعدالة ، يجرّد القاعدة من كل أسباب الثبات والاستقرار .

٧٧٢ — المعنى الاقتصادي للقانوني : وتذهب طائفة أخرى من الفقهاء إلى أن
السبب معنى اقتصادياً قانونياً . فالسبب هو الموضع (compensation) عن الإثراء ، وما دام
للإثراء عوض فهو لا يسترد . غير أن هؤلاء الفقهاء يختلفون فيما بينهم عندما يحاولون تحديد
معنى « الموضع » .

ويرى الأستاذ موري (Maury) أنه هو البديل (équivalent) من الناحية الاقتصادية
وهو الحق الأدبي (droit moral) من الناحية الأخلاقية ^(٢) .

ويرى الأستاذ رواست (Rouast) أن الموضع ينطوي على معنى أعم من معنى البديل ،
فهو المقابل (contre-partie) . ويختلف « المقابل » عن « البديل » في أن للمقابل معنى
قانونياً . فأى « مقابل » يصلح قانوناً لأن يكون عوضاً للإثراء يمنع من الاسترداد ^(٣) .

ويرى الأستاذ ديوج أن الموضع هو « النظير » (contre-prestation) الذي يرجح
حق المثرى في استبقاء الإثراء على حق المفقّر في استرداده ^(٤) .

(١) ملحق مبسوط بوردى ٣ ققرة ١٧٦ وققرة ١٨٠ وققرة ١٨١ .

(٢) انظر مؤلفه « بحث في معنى التضاد في القانون الفرنسي » (Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en dr. civ. fr.) جزء ٢ ص ٣٥٢ .

(٣) رواست المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٢٢ ص ٦٠ وما بعدها — انظر أيضاً بلانيول
وربير وإسمان ٧ ققرة ٧٥٨ — [دى باج ج ٣ ص ٣٧ بند ٢٦] .

(٤) ديوج ج ٣ ققرة ١٦١ وما بعدها .

وكل هذه المأني مبهمة كما نرى ، ينقصها التحديد ، ويحوطها الغموض ^(١) .

(١) انظر بحثاً في هذه المأني المتضاربة في رسالة الدكتور محمود أبو عافية «التصرف المجرد» القاهرة سنة ١٩٤٧ ص ١٨١ — ١٨٥ (النسخة الفرنسية) .

ونجد في هذه الرسالة بحثاً في تحديد معنى السبب في الإثراء في القانون الألماني . ويستخلص من هذا البحث أن القانون الألماني لا يقف عند معنى واحد للسبب . ففي الأعمال القانونية التي يترتب عليها نقل حق من ذمة إلى أخرى (acte d'attribution patrimoniale) يقوم التصرف على سبب الوفاء (cause solvendi) أو على سبب الدائنية (cause credendi) أو على سبب التبرع (cause donandi) والسبب هنا هو الفرض الشخصي المباشر الذي يقصده المتصرف وهو أقرب ما يكون إلى السبب في العقد في النظرية الفرنسية التقليدية فإذا كان التصرف مجرداً (acte abstrait) ولم يكن له سبب من هذه الأسباب الثلاثة ، فإنه يبقى مع ذلك صحيحاً . لكن إذا قلناه ادائن جاز للدين أن يسترد ما دفعه بدهوى الإثراء بلا سبب . ونرى من ذلك أن معنى «السبب» في الإثراء هو نفس معنى «السبب» في العقد . هذا إذا كان الإثراء آتياً من تنفيذ تصرف مجرد . أما إذا أتى الإثراء من عمل إرادي صادر من المثرى (بني في أرضه بأدوات غيره) أو عمل إرادي صادر من أجنبي (بني في أرض غيره بأدوات شخص ثالث) أو واقعة طبيعية (طرح البحر) ، فيعتبر أن الإثراء له سبب إذا كان هناك مصدر قانوني يكسبه للمثرى (تقدم أو حسن نية أو إخفاء ميباد أو قوة الشيء الملقى) . (انظر الرسالة في نسختها الفرنسية ص ١٤٧ — ص ١٧٩) .

وينسى الدكتور أبو عافية على القانون الألماني هذا الازدواج في معنى السبب وما يليق به في نظرية الإثراء بلا سبب من اضطراب وتعقد ، فيقول : « تلك هي النظرية الأساسية في الإثراء بلا سبب أوجزنا حدودها فيما تقدم . وهي كما ترى لها خاصية بارزة ، هي أنها تأخذ السبب القانوني للإثراء على معنيين . فإذا كان مصدر الإثراء تصرفاً قانونياً (إضافة إلى القيمة) أخذت على معنى الفرض الشخصي (Ziweck) الذي يقصده المقتصر . أما إذا كان الإثراء واقعة قانونية أخذته على معنى السبب المنقضي (Rechtsgrund) ومراجعة لإرادة القانون . ولا غرابة إذن في أن يسلم الفقه الألماني باستحالة وضع صيغة واحدة لفكرة السبب في الإثراء تنطلي جميع الفروض . فكيف يمكن إعطاء صيغة واحدة لفكرة لها معنيان ، أحدها يربطها بإرادة الأفراد والآخر يربطها بإرادة القانون ؟ هذه الصيغة المزدوجة — رغم إجماع الفقه الألماني عليها — تبدولنا مفككة متناثرة الأجزاء . فالفرض الشخصي ومبرجه الإرادة الخاصة والسبب المنقضي ومبرجه إرادة القانون هما فكرتان تتافض إحداهما الأخرى بحيث لا نستطيع جمعها تحت عنوان واحد هو «السبب في الإثراء» ... إن السبب في هذه النظرية يرجع — بصفة خاصة — إلى الطريقة الفنية التي اتبعها الفقه الألماني لحل مشكلة السبب في الإثراء . فقد رأينا هذا الفقه يبدأ بالسؤال الآتي : متى يكون الإثراء بلا سبب ؟ وبعد أن يرفض الإجابة عليه بصيغة عامة يأخذ في معالجة فروض الإثراء بلا سبب كما هي معروفة في القانون الروماني . وكل ما يمكن أن يقال لصاح هذه الطريقة هو ما ذهبنا إليه من كونها تقليدية موروثه وسائمه في ألمانيا منذ دخول القانون الروماني فيها إلى يومنا هذا . ولكنها طريقة تنطوي على عيب خطير هو إغفال المسألة الأساسية في مادة الإثراء ، وهي إيجاد صيغة عامة لمنصر السبب تشمل جميع الأحوال دون أن تتميز بطبيعة هذا المنصر بغير الفروض . ونحن لا نصدر في ذلك عن مجرد التسلك بالاعتبارات المنطقية وإن كان فيها ما يبرر البحث عن صيغة واحدة لإيضاح العلاقات القانونية ، ولكننا فضلا عن ذلك نرى =

معنى السبب في التقنين المصري الجديد :

٧٧٣ — السبب هو المصدر القانوني المكسب لمؤثره : والقانون المصري الجديد قاطع في تحديد معنى السبب . فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مايستخلص منه في وضوح أن السبب هو المصدر القانوني الذى يكسب المثرى الإثراء فيجعل له الحق في استبقائه ^(١) .

فالسبب إذن له معنى قانوني بحت ، فلا يمت لاعتبارات أدبية كما يقول ريبير ولا لاعتبارات اقتصادية كما يرى مورى . وهذا المعنى هو أن يكون للمثرى حق قانوني في كسب الإثراء الذى حصل عليه . والحق هذا لا يمتد مصدره أن يكون أحد المصدرين اللذين تتولد منهما كل الحقوق : العقد أو القانون .

والأولى أن نشف عند هذا المعنى المحدد المنضبط ، فتكسب نظرية الإثراء بلا سبب من وراء ذلك ثباتاً وصلابة ، وتزداد إحكاماً ودقة ، وينزاح عنها هذا الجوف من الغموض والتعكم الذى كان يسودها في الماضي . وإذا كان التقنين المصري الجديد قد آثر هذا المعنى المحدد ، فذلك لأنه هو المعنى الذى يقول به الفقه في مصر ^(٢) ، وكثير من الفقهاء في

== أنه مادامت لم تصل إلى تلك الصيغة فإن مبدأ الإثراء شبه يظل قاصراً متقللاً . فتعدي طبيعة السبب في الإثراء هو الأساس الذى تبني عليه نظرية الإثراء وترسم حدود تطبيقها (رسالة الدكتور أبو عافية في نسختها العربية ص ١٨٢ — ص ١٨٣ — أنظر أيضاً ص ١٩٢ — ص ١٩٦) .

(١) ورد في هذه المذكرة ما يأتي : « والشرط الثالث ألا يكون للأثراء الحادث أو الانتفاع للترتب عليه سبب قانوني يبررها ، فلا يجوز للواهب مثلاً أن يرجع على اللوهورب له بدعوى الإثراء بلا سبب ، لأن بين الباقتين تصرفاً قانونياً هو عقد البيع يبرر انتفاع أحدهما وإثراء الآخر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤١) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٧ — فقرة ٣٨٩ — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٨ — مارافان (مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩) ص ١٠٢ — ص ١٠٤ — الدكتور شفيق شحاته (جريدة الأحكام المختلة عدد ٣٣٨١ — ٩٠٨ نوفمبر سنة ١٩٤٤) — الدكتور محمود أبو عافية في رسالته « التصرف القانوني المجرى » (نسخة فرنسية ص ١٨٥ — ١٨٩) — قارن والتون ص ١٨٨ — ص ١٩٠ .

فرنسا^(١)، وهو اللغى الذى جرى به حكم القضاء فى البلدين^(٢).

ويبقى أن نستعرض « السبب » بهذا اللغى فى كل من مصدره ، عقدًا كان المصدر أو حكماً من أحكام القانون^(٣).

٧٧٤ — السبب فى الإثراء غير : قد يكون السبب الذى كسب للثرى به الإثراء هو العقد فيمتنع الرد^(٤) . وينبغ أن يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً ما بين الثرى والمفقّر^(٥) . فالطبيب إذا تعاقد مع المريض منعه العقد من الرجوع بدعوى الإثراء .

(١) مبسوط بودرى ١٥ فقرة ٢٨٤٩ — بلانويول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٧٠ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٤١٣ — (ويقصران على العقد سبباً للإثراء) — جوسران ٢ فقرة ٥٧٢ — فيرينو (Vergniaud) رسالة من باريس ١٩١٦ ص ٢١٦ — بوديشنيانو (Budishteano) رسالة من باريس ١٩٢٠ ص ١٠٦ — موسيو (Mosiou) رسالة من باريس ص ٢٣٦ .

(٢) عككة النقض الفرنسية فى ٩ مايو سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٣ — ١ — ٢٥١ — وفى ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ — ١ — ١٠٥ — وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ٢٣ — ١ — ٦٤ — وفى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢٩ — وفى ١١ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ — ١ — ١٢٩ — وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤٠ — ١ — ١ — وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ دالوز الأسبوعي ١٩٤٤ ص ٥٨ — وفى ١٧ مايو سنة ١٩٤٤ جازيت دى باله ١٩٤٤ — ٢ — ٧١ . أما القضاء المصرى فنستعرض له تفصيلاً فيما يلى .

(٣) [يرى ديباج أن سبب الإثراء قد يكون لإزادة المشرع (القانون) — أو لإزادة الطرفين معا (العقد) — أو لإزادة المفقّر ونية التبرع أو المضاربة أو السعى لتحقيق فم شخصى . انظر ديباج ج ٣ ضد ٤٠ ص ٤٩ — ٥٣] .

١ (٤) عككة الاسكندرية المختلطة فى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٢٥٥ ص ٢٥٦ .

(٥) [وقد قضت عككة النقض بأنه متى تبين أن الاتفاق المقود بين المنتفع والشركة التى كان ممنوحاً لها التزام الكهرباء بالتقاهرة متضاه أن يسام المنتفع فى تكاليف تركيب الوصلة الكهربائية إلى مصنعه يبلغ مدين وقد التزمت الشركة المستفلة بإجراء رد عائد مقدر على ما يستهلكه المنتفع سنوياً وأن هذا الرد يظل ما دامت هذه الشركة قائمة بتوريد التيار الكهربائى وعلى ألا يتجاوز مجموع العائد للترتد قيمة ما يسام به المنتفع فى تكاليف تركيب الوصلة الكهربائية ، فإن مفاد ذلك أن ما تعهدت الشركة المستفلة برده مما سام به المنتفع فى التكاليف لا يمكن أن يتجاوز مجموع العائد المرتد طول مدة قيام الشركة المستفلة =

والمقابل إذا تماقد مع العميل بأجر إجمالى منه المقدم من المطالبة بأية زيادة في الأجر ولو حدث في التصميم تعديل أو إضافة^(١) (م ٦٥٨) . وما يستنبطه العامل من اختراعات في أثناء عمله يكون من حق رب العمل إذا كانت طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده في الإبداع أو إذا كان رب العمل قد اشترط في العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يبتدى إليه من المخترعات (م ٦٨٨ فقرة ٢) ، وعقد العمل هو الذى يمنع العامل من الرجوع على رب العمل^(٢) . وإذا اشترط المؤجر أن يتملك عند نهاية الإيجار التحسينات التي يدخلها المستأجر في العين المؤجرة امتنع على المستأجر الرجوع على المؤجر بتعويض عن هذه التحسينات لأن عقد الإيجار هنا سبب قانونى يمنع من هذا الرجوع^(٣) . وإذا أمن شخص على منزله من الحريق واحترق المنزل ، فأعادت شركة

= أو ما سأل به المتعقب أيهما أقل ويصير كل ما دفع استناداً إلى هذا العقد مدفوعاً بسبب صحيح ولا يعتبر إثراء بلا سبب قانونى لأن العقد قانون المتعاقدين وواجب الاحترام بينهما : نقض مدنى في ٣٠ من مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٥٤٦ رقم ٥٩] .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ حازت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ - وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ (قارن ملراغان ص ١٠٥ وهو يعجل السبب هنا القانون لا العقد) .

(٢) وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ ذاتها على أنه « إذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية ، جاز للعامل في الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة . وراعى في تقدير هذا المقابل مقدار المونة التي قدمها رب العمل وما استخدم في هذا السبيل من منفاآته » . ونرى في هذا القرض الحاس أن عقد العمل لا يمكن سبباً لجميع ما عاد على رب العمل من الإثراء . وأن بعضاً من هذا الإثراء يبقى دون سبب وهو الذى يرجع به العامل على رب العمل .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اشترط في عقد الإيجار أن جميع التحسينات والإنشاءات التي يجريها المستأجر في العين المؤجرة تكون للمؤجر عند نهاية الإيجار ، فلا يجوز للمستأجر أن يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر من أجل بئر ارتوازي أحدثه ضمن المنشآت التي أقمها وركب عليه آلة رافعة فأصبح كل ذلك عقاراً بالتخصيص . ومع ذلك إذا كان من الثابت أن لإحداث البئر الارتوازي لم يكن وارداً في عقد الإيجار ، وأن الماء الآتى من هذا البئر ساعد كثيراً على تحسين الأرض ، كان من العدل أن تنق مفاصة بين ما في ذمة المستأجر للمؤجر بسبب عدم تحسينه جزءاً من الأرض المؤجرة وما في ذمة المؤجر للمستأجر بسبب «إدائه الموقفة بإنشاء البئر الارتوازي» (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ =

التأمين بنائه تنفيذاً لمقد التأمين ، كان إيراد المؤمن بقيمة الفرق بين المنزل بعد أن أعيد بناؤه وقيمتة في حالته الأصلية سببه عقد التأمين فلا ترجع شركة التأمين عليه بدعوى الإثراء^(١). وإذا أحسن الوكيل الإدارة حتى زاد الربح زيادة كبيرة فلا رجوع له على الموكل بدعوى الإثراء لأن عقد الوكالة يمنع من ذلك^(٢). ولا يجوز للبائع أن يرجع على المشتري بدعوى الإثراء لمطالبته بباقي ثمن المبيع لأن عقد البيع هو مناط تحديد حقوق كل من التعاقد^(٣).

(= ٣٤ ص ٢٥٨) . وظاهر أن محكمة الاستئناف لم تجعل عقد الإيجار سبباً يشمل الإثراء الآتي من البئر الانزوازي لأنه لم يكن وارداً في العقد ، واعتبرت هذا الإثراء دون سبب ، وقاضته في دين على المستأجر نشأ من عدم تحمينه لجزء من الأرض للويرة .

[وقضت محكمة النقض بأنه لا عمل الرجوع بما أتفق من مصروفات على إصلاح البور وإحياء المواتع بالعين المؤجرة استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب ، ما دام هناك عقد يحكم علاقة الطرفين إذ أن للإثراء والافتقار سبباً مشروعاً هو عقد الإيجار القائم بين الطرفين ولأن هذه المصروفات التي أنفقها المستأجر قد أفاد منها طول مدة استغلاله التي امتدت زهاء عشرين سنة فينعدم بذلك قانوناً شرط افتقار الدعي الذي هو شرط جوهرى لدعوى الرجوع : قض مدني في ٧ من يولية سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٦٧٢ رقم ٩٤] .

وسرى عند الكلام في الفضالة أن المستأجر الذي يستحدث إصلاحات في العين لمنفعة الشخصية لا يعتبر فضولياً .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٨ . وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية في ٢١ يولية سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ١٨١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يولية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٥ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه « حينما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام القدي من مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر . فإذا كان الثابت بالمحكم أن البائع طالب للمشتري منه بباقي الثمن القسط على غرة أقساط ، ثم عدل طلباته إلى طلب المحكم له بباقي القسطين الأولين ، موصوفاً هذا الباقي خطأ بأنه باق الثمن ، وقضى له بذلك ، ثم أراد أن يطالب بالاقساط الثلاثة الباقية ، ولتصور أنه قد سد في وجهه طلبها ' باعتبارها باقية من ثمن المبيع ، أظم دعواه بالمطالبة بها على نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ، وعكمة الموضوع حكمت ، بعد استعراض وقاض الدعوى ، بأنه لا عمل للاستناد إلى هذه النظرية ، وأن حق البائع في المطالبة بالاقساط الباقية القائم على أساس العراء لا يزال باقياً مفتوحاً أمامه ، فإن قضاها بذلك سليم لا مطعن عليه » (قض في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٨٤ ص ١٥٧) .

وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً بين المثرى والمفقر دون أن يكون المفقر طرفاً فيه . ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء يمنع المفقر من الرجوع على المثرى . مثل ذلك مستأجر يستحدث تحسينات فى العين المؤجرة ، ويتركها للمؤجر عند نهاية الإيجار طبقاً للعقد ، فيكون عقد الإيجار هذا مانعاً من الرجوع على المؤجر ، لامن المستأجر غسب وقد رأينا هذا فى مثل متقدم ، بل أيضاً من الدائن الذى عجل للمستأجر نفقات هذه التحسينات أو من المفاوض الذى قام بها دون أن يقبض أجر عمله ، مع أن الدائن والمفاوض لم يكونا طرفاً فى عقد الإيجار وهو السبب القانونى للإثراء المؤجر بقيمة هذه التحسينات على حساب الدائن أو المفاوض . والمثرى فى هذا المثل هو المؤجر ، والمفقر هو الدائن أو المفاوض ، وسبب الإثراء هو عقد الإيجار الذى أبرم بين المثرى (وهو المؤجر) وشخص آخر غير المفقر (وهو المستأجر)^(١) - ومثل ذلك أيضاً شخص يثرى على حساب آخر،

== [كافضت محكمة النقض بأن مطالبة البائع المشتري بئار المبيع - عن الفترة الواقعة ما بين تحرير العقد الابتدائى واستلام المبيع وبين سداد باقى الثمن وتحرير عقد البيع النهائى - استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب ، غير صحيح فى القانون ذلك أن الحق فى هذه الثمار هو من آثار عقد البيع وهو للمشتري من وقت تمام البيع فلا يعتبر حصوله عليها إثراء بلا سبب : قضى مدنى فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١١٥٩ رقم ١٨٤] .

هذا وقد قضت محكمة النقض بأنه « متى كان هناك عقد يحكم علاقات الطرفين فلا عمل لتطبيق قاعدة الإثراء على حساب الغير ، فإن هذه القاعدة هى مصدر لانفاذى للالتزام فلا يكون لها عمل حيث يوجد التصاقد . فإذا كان المستأجر قد التزم فى عقد الإيجار بأجرة رى الأرض ، وتعهد بأن يدفع الأموال الأميرية على أن تخمس له من أجرة الأطلان ، ثم دفع للصراف على ذمة الأموال مبالغ تزيد على قبة المستحق منها على الأطلان المؤجرة ، غنصت له الحكومة الزيادة من أجرة الرى التزم هو بها ، ثم خصمتها المحكمة من أجرة الأطلان على أساس أن دفعها إنما كان على ذمة الأموال ، وحفظت للمؤجر أن يرجع بها على المستأجر بدعوى الإثراء على حساب الغير ، فإنها تكون قد أخطأت » (قضى ن ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص ٤٣٩) وكان الواجب ألا تخمس محكمة الموضوع من أجرة الأطلان ما دفعه المستأجر من الزيادة على الأموال المستحقة ، لأن هذه الزيادة لم يثر بها للمؤجر إذ أن الحكومة خصمتها من أجرة الرى وهذه دين شخصى فى ذمة المستأجر ، فلا يرجع المستأجر بهذه الزيادة على المؤجر ، لأن هناك سبباً للإثراء ينمى من الرجوع ، بل لأن الإثراء ذاته غير موجود . ومتى امتنع رجوع المستأجر على المؤجر بالزيادة لم يصبح هناك عمل لرجوع المؤجر على المستأجر بدعوى الإثراء أو غيرها من ادعاوى - هذا هو فى نظرتنا الوضع القانونى الصحيح للقضية التى نحن بصددنا .

(١) وقد قمنا عند السلام فى الإثراء غير المباشر أنه إذا لم يكن فى عقد الإيجار شرط يجعل التحسينات ==

ويهب ما أثرى به إلى شخص ثالث ، فلا يستطيع المفتقر في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على الموهوب له ، لأن هذا قد أثرى بسبب قانوني وهو عقد الهبة ، وإن لم يكن المفتقر طرفاً في هذا العقد ^(١).

== من حق المؤجر عند نهاية الإيجاز ، فلا يصلح عقد الإيجاز لأن يكون سبباً لإثراء المؤجر ، ويجوز للدائن والمقاول في هذه الحالة الرجوع على المؤجر بدعوى الإثراء (قارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤١٣ ص ٣٠٠ — س ٣٠١ — الأستاذ حشمت أبوسيت فقرة ٥٣٧ — وانظر بلانيول وريير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٩) — [مارتى وريوج ٢ ص ٣١٧ بند ٣٥٣] .

(١) وهذه حالة تلت النظر ، فقد يكون الواهب ممسراً فلا يستطيع المفتقر أن يحصل منه على حقه ، فإذا أراد الرجوع على الموهوب له لم يجز له ذلك لا قدمناه . والذي يلفت النظر هو أننا قدعنا هنا جلب المنفعة على درء الضرر ، إذ الموهوب له ، يستقي منفعة جلبها ، يفضل على المفتقر ، وهو يسمى لدرء الضرر عن نفسه . ومن أجل ذلك اشتمل المشروع التمهيدى على نص خاص في هذه المسألة (هو الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ م هذا المشروع) وقد جرى على الوجه الآتى : « فإذا تبرع المتبرع بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولاً أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدر هذا النص ما يأتى : « فإذا تصرف المتبرع بعوض فياً أثرى به ، فليس لمن افتقر حق الرجوع على من صدر له التصرف ، لأن هذا الأخير قد أثرى بمقتضى سبب قانوني هو التصرف نفسه أما إذا كان التصرف على التفضيل من ذلك بغير مقابل ، فالأصل أن ينحصر حق الرجوع في المتبرع ما دام من صدر له التبرع قد أثرى بسبب قانوني هو عقد التبرع . بيد أن للمشروع قد أثبت للمفتقر حق الرجوع على من صدر له التبرع بمقدار ما أثرى ، مقدماً بذلك درء الضرر على جلب المنفعة ، ويكون للمفتقر في هذا الفرض أن يرجع على المتبرع أو على من صدر له التبرع ، وفقاً لمصلحته في ذلك . فإذا كان مبلغ ما أصابه من خسارة ١٠٠٠ جنيه وبلغت قيمة الإثراء بالنسبة للمتبرع ٨٠٠ جنيه ، وبالنسبة لمن صدر له التبرع ٩٠٠ جنيه ، فمن مصلحة المفتقر أن يرجع على من صدر له التبرع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٣) — وما يؤسف له أن هذا الحل المائل خلافه المشروع عند خروجه من لجنة المراجعة ، فقد حذف هذه اللجنة النص المشار إليه بدعوى أنه غير ضرورى . وهذا ما ورد في الأعمال التحضيرية في هذا الصدد : « المشروع في لجنة المراجعة : تلبي المادة ٢٤٨ من المشروع واقتراح لإدخال تعديلات لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٣ وقد سبق ذكر ذلك) . وأثر البرلمان المشروع خالياً من هذا النص .

أضرب مثل آخر لقد مريم ما يبر المتبرع والتبر يكون سبباً للإثراء بحكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ شخص سرق منه سندات ، وتماعد الممس من شخص آخر الحصول على مبلغ من المال في ظهير هذه السندات . فلا يجوز لصاحب السندات أن يرجع بدعوى الإثراء على هذا الشخص الآخر لأن العقد المبرم بين هذا الأخير — وهو المتبرع — وبين الممس — وهو غير المفتقر — يعتبر سبباً للإثراء . هذا ما لم يكن الشخص الآخر الذى تماعد مع الممس سيئ النية .

وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً بين المقتقر والغير دون أن يكون المثرى طرفاً فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع وكيل ولكن لا باعتبار أنه وكيل بل باسمه الشخصى ، فلا يجوز له الرجوع على الموكل بدعوى الإثراء ، لأن هناك عقداً أبرم بينه (وهو المقتقر) وبين الوكيل (وهو غير المثرى)^(١) . ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع أحد الشركاء فى شركة محاصة ، فلا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء على أحد من الشركاء الآخرين ، لأن الشريك فى شركة المحاصة يتعاقد باسمه الشخصى لا باسم الشركة ولا باسم أحد من بقية الشركاء ، فيكون العقد الذى أبرم مع الشريك مانعاً من رجوع المتعاقد الآخر على بقية الشركاء الذين أنثروا من وراء هذا العقد ، وذلك بالرغم من أن العقد أبرمه المقتقر مع غيرهم^(٢) .

٧٧٥ - السبب فى الإثراء حكم من أحكام القانون : وقد يكون سبب الإثراء ليس عقداً بل حكماً من أحكام القانون يصلح أن يكون مصدراً لكسب الإثراء ، فيكون قيام هذا السبب مانعاً للمقتقر من الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء ، لأن المثرى يكون قد أنثرى بسبب قانونى . مثل ذلك العمل غير المشروع يكون سبباً قانونياً يمنع من الرجوع بدعوى الإثراء ، فلا يلتزم من أخذ تعويضاً عن ضرر أصابه برد هذا التعويض ، لأنه قد كسبه بسبب قانونى هو العمل غير المشروع ، ومثل ذلك التقادم يمنع من استرداد الإثراء ، فإذا أقر ناظر الوقف بدين على الوقف كان إقراره باطلاً ، فإذا رجع الدائن بدعوى الإثراء فيما يتعلق بفوائد الدين فلا يرجع بها إلا فيما لم يسقط منها بخمس سنين ، وما سقط بهذه المدة يمنع التقادم من استرداده^(٣) . كذلك قوة الشيء المقضى يعتبر

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ١١٢ .

(٢) انظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ م ٢٦٨ . ومع ذلك أنظر حكماً منها يغير هذا المعنى فى ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ١٥٧ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ أبريل سنة ١٩١٧ جلزت ٧ م ١٤٢ .

سبباً مانعاً من دعوى الإثراء ، فإذا استبعد أحد دائئى التفليس بمحكم حاز قوة الشئ المقضى لأنه لم يتقدم فى المياد ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على السنديك ولا على أحد من سائر الدائئين^(١) . وإذا لحقت بالموظف إصابة جعلته يستحق معاشاً قبل أن يبلغ السن القانونية ، فلا يجوز للحكومة أن تقول إنه أثرى دون سبب بقيمة الاستقطاعات التى كان يجب خصمها من مرتبه إلى حين بلوغ السن ، لأن استحقاقه للمعاش بسبب الإصابة هو حكم من أحكام القانون ، والقانون هنا هو قانون المعاشات^(٢) . وإذا أهمل الما قول فلم يقيد حق امتياز ضاع هذا الحق ودخل مع سائر دائئى التفليس ، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على هؤلاء الدائئين ، لأن إثراءهم له سبب هو حكم القانون القاضى بوجوب القيد للمحافظة على حق الامتياز^(٣) .

(١) وكذلك إذا لم يتقدم دائئ فى المياد يمارض فى قأمة التوزيع النهائية (محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ١٤٨ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ م ٣٧) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٣ سريه ١٩٤٤ — ١ — ٤٨ — وأنظر أيضاً هنرى ولبون مازو فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٤ م ١٨١ .

(٣) محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢٩ . كذلك إذا سدد مصرف دائئاً مرتين وأغفل أن يتخذ الإجراءات القانونية للحلول على قبضه رهن قانونى كان متأخراً عن العائن المرتهن الذى استوفى حقه لم يميز للمصرف الرجوع على صاحب الرهن القانونى بدعوى الإثراء لأن تقدمه على المصرف له سبب هو حكم القانون (محكمة النقض الفرنسية فى ١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٨٩ — ١ — ٣٩٣ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم ، وقررنا عند الإشارة إليه أن المانع من دعوى الإثراء ليس هو إعمال الفترض بل هو وجود سبب قانونى للإثراء) — كذلك إذا وضع شخص يده على أرض لا يملكها ورهنها فى قرض أقام به بناء على هذه الأرض ، ثم استعنت الأرض وقد ملكه المستعق البناء بالاتصاف فامتد الرهن القانونى لزوجته إلى هذا البناء ، فإن الرهن الذى رتبه واضع اليد على الأرض يطل لصدوره من غير ملكه ، ولا يستطيع الدائئ المرتهن أن يرجع على الزوجة بدعوى الإثراء لأن لإثرائها سبباً قانونياً هو حكم من أحكام القانون (محكمة باريس الاستئنافية فى ٥ يونية سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ — ٢ — ١٢٩) — وتنقضى المحاكم الفرنسية بأنه إذا قام مدرس بإعطاء تلميذ دروساً خاصة بمقتضى اتفاق مع والد التلميذ ، وأراد المدرس الرجوع على الوالد فوجده مسروراً ، فإنه يستطيع الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء فى ملكه الخاص لأن التلميذ قد أثرى إثراء عقلياً بفضل هذه الدروس الخاصة (محكمة مونتيليه الاستئنافية فى ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ١٦٩ — ٢ — ٢١٣ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام فى الإثراء المعنوى — أنظر أيضاً محكمة لىكس الاستئنافية فى ١١ أغسطس =

المبحث الرابع

لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية

أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى

٧٧٦ — موقف التقنين المدني الجديد : ذكرنا في التطور التاريخي لقاعدة الإثراء

بلا سبب أن هذه القاعدة لم تستقم قاعدة مستقلة إلا منذ عهد قريب ، وأنها حتى بعد أن

== سنة ١٨١٢ جرنال دي پاليه ١٨١٣ رقم ٦٥٠ - وعكسة يو الاستثنائية في ١٩ يناير سنة ١٨٥٢
دالوز ٥٢ - ٢ - ١٩٨) . ورى الأستاذ مارافان (مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ م ١٠٩)
بحق أن المدرس لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على التليذ لأن الإثراء هنا له سبب قانوني هو التزام والد
التليذ بتعليم ولده ، ولكن المدرس يستطيع أن يرجع على التليذ بدعوى الفضاة لأنه كان يعمل لمصلحته
ولمصلحة التليذ معاً ، ودعوى الفضاة خير له من دعوى الإثراء .

وإذا كان ناظر الوقف يعمل دون أجر بعد أن نزل عن أجره ، فإن مركزه القانوني من الوقف — وهو
ناظره — يمنحه من المطالبة بأجر على أساس أن الوقف قد أئرى على حساب جوده . فجهوده هذه واجبة
بحكم القانون على اعتبار أنه ناظر الوقف ، سواء عمل بأجر أو نزل عن أجره . ومن ثم لا نذهب
إلى ما ذهبت إليه محكمة النقض في مثل هذه الصورة من أن الرابطة العقدية بين ناظر الوقف وجهة الوقف هي
التي تمنع من لاطالبة بدعوى الإثراء ، إذ الرابطة بين الناظر والوقف هي رابطة قانونية لا رابطة تماقدية .
وهذا هو ما قرره محكمة النقض في هذا الصدد : « الأصل في الوكالة أنها تكون بغير مقابل ما لم يوجد
شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط ضمني يتضح من حالة الوكيل . فإذا استندت المحكمة في أن ناظر الوقف
كان يعمل بغير أجر إلى إقراراته للتكررة فإنها لا تكون قد خالفت القانون . ولا يقبل من هذا الناظر قوله
إنه لا يصح أن يئرى الوقف على حساب جهوده ، فإن دعوى الإثراء على حساب الغير لا يكون لها محل إلا
إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصمين وهذه ليست حالته » (قض ١٤ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة ممر
٤ رقم ٢٦٥ م ٢٧٢٢) .

هذا مثل آخر لوجود سبب للإثراء هو حكم من أحكام القانون : دائن مرتين نزل عن مرتبته إلى دائن
مرتين آخر متأخر عنه ، وترتب على ذلك أنه تأخر في المرتبة فلم يزل في التوزيع إلا جزءاً من حقه . ولكن
الدائن الذي حل محله لم يتمكن لسبب يرجع للإجراءات التوزيع من الحصول على كل حقه . قضت محكمة الاستئناف
المتعلقة بأنه لا يجوز للدائن الذي نزل عن مرتبته الرجوع بدعوى الإثراء على من أئرى من الدائنين بسبب
عدم تمكن الدائن الذي حل محله من الحصول على كل حقه (استئناف مخطوط ٣١ يناير سنة ١٩٣١
م ٤٣ م ١٤٨) . ويمكن تلييل ذلك بأن الإثراء هنا له سبب قانوني هو الأحكام القانونية الواجبة الاتباع
في التوزيع .

صار لها كيان ذاتي بقيت منقولة بقيود لا يفسرها إلا ما صاحب القاعدة من توضيح في الماضي ، وإلا أنها استعصت على الطفرة فلم تستطع أن تغتفر باستقلالها إلا مقيداً بشروط ، إذا استطاع تارخ القاعدة أن يفسرها ، فإنه لا يستطيع أن يبررها .

وقد ألف الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر أن يقررا ، منذ قامت القاعدة مستقلة ، أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا انضمت كل وسيلة قانونية أخرى ، وأن الإثراء الذي يطالب المفتقر باسترداده يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . والابتدع لمذين القيدن هما الفقيهان الكبيران أوبري ورو على ما مر بنا .

وقد بدأ الفقه في فرنسا وفي مصر يكسر من أغلال القيد الأول ، ولكنه هو والقضاء بقيا جامدين إزاء القيد الثاني ، فظلا يقولان بأن من شروط دعوى الإثراء أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى .

أما التقنين المصري الجديد فقد تكفل بتكسير القيدن معاً كما أسلفنا القول . فهو لم يشترط أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، ثم هو قد نص صراحة في المادة ١٧٩ على أن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد^(١) . فتم بذلك تحرير القاعدة من قيودها ، وأقيمت على أساس من المنطق السليم .

(١) وهنا ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وقد اكتفى المشروع بهذه الشروط الثلاثة دون أن يضيف إليها شرطين آخرين نصت عليهما بعض تقنينات تأثرت بما كان مأثوراً من المأهنة أو التعرض في قبول مبدأ الإثراء . فلا يشترط أن يظل الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى (قانون المادة ١٤٢ من التقنين اللبناني) وهي تنص على هذا الشرط في حالة الإثراء بحسن نية) بل يكون الرد واجباً ولو زال الإثراء فيما بعد ، وهنا ما نقض به صراحة المادة ٢٤٨ من المشروع (انظر في هذا المعنى المادة ٢٣٤٣ من التقنين الأرجنتيني) . ولا يشترط كذلك ألا يكون للدائن دعوى سوى دعوى الإثراء يستطيع أن يلجأ إليها لاستيفاء حقه ، بل يجوز له أن يباشر هذه الدعوى ولو هيأ له القانون طريقاً آخر . ولا يزال التقنين اللبناني (المادة ١٤٢) مبقياً على ما كان للدعوى « رد غير المستحق » من سفة احتياطية أوتبعية ، وقد قصد المشروع إلى إحلال هذا الشرط فتعبد لإغفال النص عليه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٢) .

وها نحن نستعرض كلا من هذين القيدين لتبرر موقف التقنين المصرى الجديد منهما .

المطلب الأول

لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية

§ ١ — القانون الفرنسى

٧٧٧ — انقضى الفقه والفضاء بارىء الأمر على أنه تكونه دعوى إثراء ودعوى احتياطية : منذ تبحرت دعوى الإثراء وأصبحت دعوى مستقلة ، على ما مر بنا فى التطور التاريخى لهذه الدعوى ، ومنذ أعلنت محكمة النقض الفرنسية أن دعوى الإثراء بلا سبب ، وهى تقوم على مبدأ عادل يحرم الإثراء على حساب الغير ، لم يعرض لتنظيمها نص فى القانون ، فهى لا تخضع فى استعمالها لأى شرط معين ، ويكفى لقبولها أن يتقدم المدعى بإثبات أنه جعل من يرفع عليه الدعوى يرى عن طريق تضحية تحملها هو أو عمل شخصى قام به ^(١) ، ساد شعور قوى بأن تطوراً خطيراً قد وقع ، وأن دعوى الإثراء بعد أن كانت ترسف فى أغلال التبعية لدعوى الفضالة ، أصبحت طليقة من كل قيد ، فتحولت من التقيض إلى التقيض ، وأنه يجدر البحث عن قيد تنضبط به ، فلا تطنى على جميع نواحي القانون .

وسرعان ما عثر الأستاذان أوربى ورو على هذا القيد ، فقررا أنه يشترط فى دعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك لدى المدعى « دعوى أخرى ناشئة من عقد أو شبه عقد أو جريمة أو شبه جريمة » ^(٢) . وفهم ذلك على أن دعوى الإثراء هى دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يلجأ إليها المدعى إلا إذا لم يكن لديه أية دعوى أخرى .

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يونية سنة ١٨٩٢ ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ٥٩٦ .

(٢) أوربى ورو الطبعة الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦ — ص ٢٤٧ . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن اعتنقت هذا المذهب في حكمها المشهور الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤^(١). وانقد إجماع الفقه والقضاء بعد ذلك على هذا المبدأ^(٢).

٧٧٨ — نزعزع الفقه الفرنسي عن موقفه : ولكن الفقه في فرنسا ما لبث أن نزعزع عن موقفه ، وبدأ يتعمق في بحث هذه الصفة الاحتياطية التي خلطها على دعوى الإثراء .

وبدأ هذا البحث الأستاذ بارتان (Bartin) . فتساءل في تعليقه على كتاب الأستاذين أوربري ورو ماذا يريد الفقهاء بقولها إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية^(٣) ؟ ثم أخذ الأستاذ رواست (Rouast) يعالج المسألة على وجه أعمق في مقال له معروف^(٤). وأفاض بعد

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ — ١ — ٤١ — وما لبثت المحكمة أن أصدرت حكماً آخر في هذا المعنى في ٢ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ١٠٢ (أنظر تحليلاً لهذا الحكم وتعليقاً عليه للأستاذ كاييتان في كتابه الأحكام الكبرى للقضاء المدني طبعة ثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٥ — ص ٣٣٦) .

(٢) بودري وبارد ٤ بقرة ٢٨٤٩ (١٦) — بلانويك وريبير وبولانجييه ٢ بقرة ١٢٧٦ — جوسمران ٢ بقرة ٥٧٤ — ديموج ٣ ص ٢٨٧ — [بيدان ج ٩ مكرر بند ١٢٥٦ — ١٢٥٧ ص ٣٦٩ — ٣٧٢] — محكمة النقض في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢٩ — وفي ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ ص ٥٨٧ وفي ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي باليه ١٩٤٠ — ٢ — ١١٤١ وسيريه ١٩٤١ — ١ — ١٢١ . وانظر في أسس هذا القيد : دي باج ج ٣ بند ٣٣ ص ٤٢ — ٤٣ — مارتى ورينو ج ٢ بند ٣٥٤ ص ٣٢٠] .

(٣) أوربري ورو مع تعليقات بارتان طبعة خامسة جزء ٩ ص ٣٥٥ . وقد أول الأستاذ بارتان المعنى المراد بالصفة الاحتياطية تأويلات ثلاثة : (١) فلما أن يراد بذلك أن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها إلا حيث لا توجد أية دعوى أخرى يتمكن بها الدائن من الوصول إلى حقه . (٢) ولما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت هذه الدعوى الأخرى ما دامت هذه الدعوى قد فقدتها الدائن غير خطأ منه . (٣) ولما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت الدعوى الأخرى ولم يفقدها الدائن ولكنها غير منتجة بسبب إعسار المدين في هذه الدعوى الأخرى — [أنظر أيضاً مارتى ورينو بند ٣٥٤ ص ٣١٩ وما بعدها — دي باج ج ٣ ص ٤٤ بند ٣٤] .

(٤) « الإثراء بلا سبب والقضاء المدني » (المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٢٧ ص ٣٥ وما بعدها) . وقد ميز الأستاذ رواست في هذا المقال بين فرضين : (الفرض الأول) أن توجد دعوى قائمة لدى الدائن يستلجم الالتجاء إليها بجانب دعوى الإثراء ، فهو لا شك يؤثرها على دعوى الإثراء لأنها تيسر له تعويضاً أوفى . =

ذلك الأستاذ ألويزينو (Almosnino) في بحث الموضوع في رسالة له مشهورة^(١). ثم خطا

== وسواء كانت دعوى الإثراء في هذا القرض دعوى احتياطية أو دعوى أصلية فالواقع من الأمر أن الدائن لا يلجأ إليها ما دام الباب أمامه مفتوحاً عن طريق دعوى أخرى . فدعوى الإثراء في القرض التي نحن بصده دعوى احتياطية على كل حال ، إما من طريق القانون أو من طريق الواقع . (والقرض الثاني) أن تكون هناك دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء ، ولكنها انضمت أمام الدائن فلم يبق لديه إلا دعوى الإثراء . وميز رواس في هذا القرض بين حالات ثلاث : أن تكون الدعوى الأخرى قد انسدت طريقها للمانع قانوني ، أو انسدت طريقها بفعل الدائن نفسه ، أو انسدت طريقها بتغير فعله ويكون ذلك عادة بإعصار الدين في الدعوى الأخرى .

(١) « الإثراء بلا سبب وصفته الاحتياطية باريس سنة ١٩٣١ » . وقد بحث ألويزينو في هذه الرسالة جميع الفروض المتقدمة وأرجعها إلى خمس أحوال : (١) ليس لدى الدائن إلا دعوى الإثراء وحدها . (٢) لدى الدائن دعوى قائمة منتجة غير دعوى الإثراء . (٣) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسدت للمانع قانوني . (٤) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسدت بفعله هو . (٥) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسدت بتغير فعله (بسبب إعصار الدين في الدعوى الأخرى) .

في الحالة الأولى — حالة ما إذا لم يكن لدى الدائن إلا دعوى الإثراء — لا تنثر الصفة الاحتياطية لهذه الدعوى إذ هي الدعوى الوحيدة المفتوحة أمام الدائن ، وليس لديه غيرها للطالبة بحقه .

وفي الحالة الثانية — حالة ما إذا كان لدى الدائن بجانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة منتجة — يقول أنصار الصفة الاحتياطية إن الدائن لا يستطيع مباشرة دعوى الإثراء لأن لديه دعوى أخرى قائمة منتجة . ويخالف البعض (ومنهم ألويزينو) هذا الرأي ، ويذهبون إلى إعطاء الدائن الخيار بين الدعويتين . ولكن ألويزينو يستثنى من ذلك ما إذا كانت الدعوى الأخرى هي دعوى العقد أو دعوى الاستحقاق فتجب دعوى الإثراء ، وتصبح هذه دعوى احتياطية .

وفي الحالة الثالثة — حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسدت للمانع قانوني — لا يجوز الالتجاء إلى دعوى الإثراء حتى لا يداور المانع القانوني وتصبح الحيلة في مخالفته ومثل المانع القانوني قواعد الإثبات ، فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً يزيد على عشرة المئتميات لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الإثراء ليمتكن من إثبات القرض بالبينة ، إذ أن دعوى الإثراء تقوم على واقعة مادية فيجوز لإثباتها بجميع الطرق . ولا يبقى أمام المترض إلا دعوى القرض ، وفيها يجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . ومثل المانع القانوني أيضاً التقادم ، فإذا قام تاجر بجوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها وتقادم حقه باقضاء سنة (٣٧٨ مدني جديد) ، لم يستطع الرجوع بدعوى الإثراء لأن دعوى عقد التوريد قد انسدت طريقها للمانع قانوني هو التقادم . ومثل المانع القانوني أخيراً قوة الشيء المقضي ، فإذا باع قاصر عقاراً بغير فحش ورفع دعوى لتسككة الثمن (٢٥٠ مدني جديد) ففشل له بالتسككة ، ثم تزلت حجة القاصر في يد المشتري إلى أقل من أربعة أعاشه ، لم يستطع المشتري أن يرجع على الناصر بدعوى الإثراء ليسترد منه التسككة ، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى تسككة الثمن قد انسدت طريقها للمانع قانوني هو قوة الشيء المقضي .

الأستاذ كاييتان خطرة أبعد ، فتشكك في أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، ونسأل لماذا لا تكون دعوى أصلية^(١) .

ولكن بالرغم من هذه الحركة الفقهية لاتزال دعوى الإثراء عند جمهور الفقهاء في فرنسا وعند القضاء الفرنسي^(٢) دعوى احتياطية على المعنى الذى قال به أوبرى ورو فيا

== وفي الحالة الرابعة — حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد بفعله هو — لا يجوز للدائن في رأى رواست مباشرة دعوى الإثراء ولا الدعوى الأخرى التى انسد طريقها . وهذا معناه أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية يجبها دعوى أصلية فلا يجوز له مباشرتها ، ثم إن الدعوى الأصلية انسد طريقها بفعله هو فلا يجوز له أيضاً أن يباشرها . فإذا أقرض مصرف مديناً النقود التى سدد بها دائماً مرتباً ، وأهمل المصرف في أن يتخذ الاجراءات اللازمة لحلولة محل الدائن المرتب ، وترتب على ذلك أن رهناً قانونياً لتصرف كان المدين وصياً عليهم سبق المصرف في المرتبة ، فان المصرف لا يستطيع الرجوع على القصر بدعوى الإثراء (قس فرنسى ١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ — ١ — ٣٩٣ : قضية (Anrasat) ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى الحلول محل الدائن المرتب انسد طريقها بإهمال المصرف . وإذا كان شخص يملك كلباً فضل في غابة الصيد وأفرغ الطير في الغابة ، فأمسك به صاحب الغابة وأبقاه عنده أياماً ، فإنه لا يستطيع الرجوع على صاحب الكلب بدعوى الإثراء لما أوقفه عليه في إطماعه (قس فرنسى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٤٥٣ : قضية (Rolland) ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى النضالة انسد طريقها بإغفال صاحب الغابة أن يسلم الكلب البلدية وهى التى تتولى إطماعه تطبيقاً لأحكام قانون ٢١ يونية سنة ١٨٩٨ في فرنسا . وإذا أهمل المفاوض في اتخاذ الاجراءات اللازمة لفقد حق امتياز على بناء أطمه لشخص أفلس ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على التفليس (قس فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ٢٤ — ١ — ١٢٩ : قضية (Marty) ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى حق الامتياز قد انسد طريقها إذ أساعها المفاوض بتقصيره .

أما الأستاذ ألزينيرو فيرى أن دعوى الإثراء في هذه الحالة هى دعوى أصلية تجوز مباشرتها ولو انسد طريق الدعوى الأخرى بطل الفائق .

وفي الحالة الخامسة — حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكنها أصبحت غير ذات فائدة بسبب إعمار المدين — فإذا كان للمدين لا يستطيع الرجوع على المرى ، جاز للفقر أن يرجع عليه بدعوى الإثراء ، وتكون هذه الدعوى إذن دعوى أصلية . مثل ذلك أن يتقاعد معلم مع والد التلميذ على إعطاء التلميذ درساً خاصاً ، ويغفل الوالد ، فيستطيع المعلم في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على التلميذ (انظر ألوزينزو ص ١٥٧ وفي فروس أخرى ص ١٥٨ — ص ١٧٣) .

(١) انظر كاييتان في كتابة الأحكام الكبرى للقضاء المدني طبعة ثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٦ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا المرجع) .

(٢) وقد سبقت الإشارة إلى الفقه والقضاء الفرنسيين اللذين يؤيدان الصفة الاحتياطية للدعوى —

قدمناه . والسبب في ذلك ، كما لاحظ بحق الأستاذ مارافان (Maravent) في رسالته^(١) ، أن معنى « سبب الإثراء » لا يزال في فرنسا محل خلاف ، ولم ينضبط على الوجه الذي انضبط به في مصر . وسنرى أن هناك ارتباطاً شديداً بين سبب الإثراء والصفة الاحتياطية للدعوى^(٢) ، وأنه متى انضبط معنى سبب الإثراء على الوجه الذي أسلفناه والذي أخذ به التقنين المصري الجديد ، وفسر هذا السبب بأنه هو المصدر القانوني الذي يكسب المثرى الإثراء ، لم تمد هناك فائدة محسوسة للقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، ويضئ عن هذا القول تفسير السبب على الوجه المتقدم الذكر . وإذا كانت دعوى الإثراء قد أصبحت ، بعد أن انطلقت من عقالمنا ، في حاجة إلى قيد تنضبط به ، فالأولى ألا يكون القيد هو هذه الصفة الاحتياطية للزعمومة التي ابتدعها الأستاذان أوبري ورو ، بل يكون هو « سبب الإثراء » مفهوماً على المعنى الذي قدمناه فيدخل قيداً في الدعوى تنضبط به على الوجه المطلوب .

وسنرى الآن أن الفقه والقضاء في مصر تقلما في هذا السبيل تقلماً مشهوداً ، وأن التقنين المصري الجديد خطأ فيه الخطوة الحاسمة .

§ ٢ - القانون المصري

٧٧٩ - الفقه والقضاء في مصر : سار الفقه والقضاء في مصر باديء الأمر في الطريق

[وضاف لتلك مارك ورنو ٢ بند ٣٥٤ من ٣١٩ والمراجع المشار إليها في هامش ٦ بذلك الصحيفه — دي باج ٣ بند ٣١ من ٣٩ وبند ٣٣ من ٤١ — وراكيس في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٦١ من ٥٧٧ وما بعدها] .

(١) مارافان مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ من ١٢٩ — من ١٣١ .

(٢) [انظر في بيان الارتباط بين سبب الإثراء والصفة الاحتياطية للدعوى : دي باج ٣ من ٤٢ و ٤٣ — وهو يتخذ من ذلك حجة على ضرورة إبقاء الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء لأنه حيث يكون هناك سبب للإثراء لا يكون ثمة محل لدعوى الإثراء] .

الذى سار فيه الفقه والقضاء في فرنسا ، قالوا بالصفة الاحتياطية للدعوى ^(١) .

ولكن جانباً من الفقه ما لبث أن شق لنفسه طريقاً آخر ، وأخذ يسهل : هل صحيح ما يقال من أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية ؟ ونقل هنا ما كتبناه في « الوجز » في ظل التقنين المدني القديم :

« تقرر الفقهاء عادة أن دعوى الإثراء على حساب الغير هي دعوى احتياطية . ويريدون بهذا أنه لا يجوز للمدعى الالتجاء إليها إلا إذا أعوزته السبل الأخرى . فإذا كان له سبيل غير دعوى الإثراء . فعليه أن يسلك هذا السبيل . مثل ذلك أن يقتصب شخص مالا لغيره فيفتنح به ، فهذا يستطيع صاحب المال أن يرجع على المقتصب بدعوى المسؤولية التقصيرية فلا يرجع عليه بدعوى الإثراء . وقد يكون للمفتقر طريق آخر ، ولكن قبل الثرى لا قبل اللثرى ، فهذا أيضاً يرجع للمفتقر على الثرى لا على اللثرى . مثل ذلك أن يتفق طبيب مع مريض على معالجته ، ويكون المريض قد أمن على نفسه ضد المرض ، فلا يرجع الطبيب على شركة التأمين بدعوى الإثراء بل يرجع على المريض بدعوى العقد . ومثل ذلك أيضاً أن يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين في ذمته ، فيكون له ، إلى جانب دعوى الإثراء قبل الدين الحقيقي ، دعوى دفع مالا يجب قبل الدائن الذى استوفى الدين ، فعليه أن يرجع بالدعوى الثانية دون الأولى » .

(١) عكمة الاستئناف المختلطة في ٩ أبريل ١٩٢٩ م ٤١ س ٣٤٥ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ س ١٤٨ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ س ٣٧ - لئلاى البارود ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ س ١١٩٠ (وقد سبقت الإشارة إلى بعض هذه الأحكام) . وانظر والتون ٢ س ١٩٠ - س ١٩١ - ضمن فقرة ٧٠٥ وما بعدها - حشمت أبو ستيت فقرة ٥٢٣ س ٣٨٩ (وقد سبقت الإشارة إلى هذه المراجع) - وينضم الدكتور وديم فرج في مذكراته إلى رأى من يقولون بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . ويأخذ على التقنين الجديد أنه تنى هذه الصفة عن الدعوى . ثم يقول إن التعديل الذى أدخله التقنين الجديد له أثر عميق ، إذ يصح حالياً لهذا التعديل - بحسب رأيه - أن يختار صاحب الأرض التى بى فيها أجنبي بحسن نية ، في رجوعه على البانى ، بين المطالبة بما تقضى به المادة ٩٧٥ وبين دعوى الإثراء . بعد أن أصبحت دعوى أصلية . ووضح أن المادة ٩٧٥ قد تكفلت ببيان حكم البانى بحسن نية في أرض الغير ، وهى تطبيق خاص لدعوى الإثراء ، كما أسلفنا القول -

« ونحن لا نرى محلاً للقول بأن دعوى الإثراء على حساب الغير دعوى احتياطية . فهي دعوى ككل الدعاوى متى توافرت شروطها أمكن رفعها ، حتى لو وجد المدعى أمامه طرقاً أخرى . أما ما يقال من أن الدعوى مبنية على قواعد العدالة ، فلا يجوز الالتجاء إليها إلا عندما تضيق القواعد القانونية ، يقول كان يصح في قانون كالتقانون الروماني حيث كان هناك تمييز بين قواعد العدالة ممثلة في القانون البريطوري وقواعد القانون ممثلة في القانون المدني المتيق ، أو في القانون الإنجليزي حيث كانت قواعد العدالة منفصلة عن « القانون العام » . أما الآن فلا تمييز بين قواعد العدالة وقواعد القانون ، فكلما قانون يمكن الالتجاء إليه . ولا يشترط الالتجاء إلى واحد قبل الآخر . »

« أما ما قدسناه من الأمثلة التي رأينا فيها المدعى يملك دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ، فلا نرى فيها ما يمنع للمدعى من أن يترك هذه الدعوى الأخرى إلى دعوى الإثراء فيستطيع صاحب المال أن يترك دعوى المسؤولية التقصيرية قبل المُنصب ، ويستطيع الطبيب أن يترك دعوى العقد قبل المريض ، ويستطيع من وفى دين غيره أن يترك دعوى دفع ما لا يجب قبل الدائن ، ويلجأ هؤلاء جميعاً إلى دعوى الإثراء . إلا أنهم لا يفعلون ، إذ أن هذه الدعاوى الأخرى أجدى عليهم من دعوى الإثراء ، فبها يستولون على تعويض كامل ، أما في دعوى الإثراء فلا ينالون إلا أقل القيمتين من إثراء أو افتقار ... »^(١)

هذا ما قلناه في « الموجز » في ظل القانون القديم . ولا نزال نقوله حتى اليوم ، وفي ظل التقنين الجديد^(٢) .

وينجو الدكتور محمود أبو عافية هذا النحو في رسالته « التصرف القانوني المجرد » ،

تطابق هذه المادة إذا ما تطابق دعوى الإثراء ذاتها في حالة من حالاتها الخاصة . فلا يجوز القول به ذلك إن لصاحب الأرض أن يختار بينها وبين دعوى الإثراء . وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٩٠ — فقرة ٣٩١ .

(٢) وهنا مع تحفظ واحد خاص بتجديد معنى « الافتقار » في الأمثلة التي وردت في النص ، وسنعود إليه بالتفصيل فيما يلي .

بل هو يربط في وضوح ما بين « السبب في الإثراء » والصفة الاحتياطية للدعوى فيقول : « يفسر الفقه في فرنسا ومصر هذا المبدأ بقوله إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية ... وهذا في رأينا خطأ يؤسف له لشدة ما يترتب عليه من تعقيد لمسألة الإثراء . ولا نرى علة لوجود هذا الخطأ سوى أخذ السبب في الإثراء بمعنى الفرض الشخصي للنشود . أما إذا أخذناه على معنى السبب للنشوء ، فإن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها في الحالة المذكورة في المتن (حالة المشتري الذي يدفع الثمن دون أن تنتقل إليه ملكية المبيع ، فلا يجوز له أن يرجع على البائع بدعوى الإثراء بل يرجع بدعوى البيع) لأنها دعوى احتياطية ، وإنما لأن الإثراء له سبب هو العقد القائم »^(١).

وينهج الأستاذ مارافان (Maravent) في رسالته هذا المنهج ، ويبين في وضوح وقوة أن الصفة الاحتياطية المزعومة لدعوى الإثراء لا تلبث أن تختفي إذا فهم « السبب في الإثراء » على الوجه الصحيح^(٢).

هذا هو الفقه المصري في مرحلته الأخيرة قبل صدور التقنين المدني الجديد ، أما القضاء في مصر فكان أقل وضوحاً في إنكار الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء ، ولكن محكمة النقض لم تصرح في حكم من أحكامها بأن الدعوى هذه الصفة على الرغم مما نسب إليها من ذلك^(٣).

(١) الدكتور محمود أبو عافية : التصرف القانوني المجرد (نسخة عربية) فقرة ٥٢ ص ١٩٦ حاشية رقم ٧ .

(٢) الدكتور مارافان (Maravent) مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٢٤ — ص ١٤٥ .

(٣) ينسب الدكتور حشمت أبو سلتيت (طبعة ١٩٤٥ — فقرة ٥٣٣ ص ٣٨٩) إلى محكمة النقض أن قضاءها استقر على أن لدعوى الإثراء صفة احتياطية . ويورد في سبيل الاستشهاد على ذلك حكماً صدر من هذه المحكمة في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (ملحق القانون والاقتصاد ص ٦٨) تقول فيه « حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بنير سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام المقد هي مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر » (أنظر أيضاً مارافان —

٧٨٠ - انتقبن المصري الجبريد : وجاء التقنين الجديد صدى لتفقه المصري في مرحلته الأخيرة ، مستجيباً لدعوته ، جاعلا من دعوى الإثراء دعوى أصلية ، مؤكداً بذلك استقلال هذه الدعوى ، بعد أن رد إليها اعتبارها ، ونفى عنها الصفة الاحتياطية ، فرفضها بذلك إلى مرتبة دعوى العقد ودعوى المسؤولية التقصيرية .
ويبقى أن نبرر هذا الموقف الحق الذي وقفه التقنين الجديد .

إن الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء لا يمكن أن تثار في أية حالة لا يكون فيها للدعوى أخرى إلى جانبها . والحالات التي من هذا القبيل كثيرة متنوعة . وقد رأينا أمثلة منها متعددة فيما قدمناه ، وهذا هو الميدان الحقيقي لدعوى الإثراء .

أما إذا قامت دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء ، فهنا تثار الصفة الاحتياطية المزعومة ، ويقال إن المدعى لا يجوز له أن يرجع بدعوى الإثراء لأنها دعوى احتياطية لا يجوز مباشرتها إذا وجد سبيل قانوني آخر ، فيتمتع عليه أن يباشر الدعوى الأخرى دون دعوى الإثراء . مثل ذلك المير يدفع العارية للمستير وله في استردادها دعوى العارية ودعوى الاستحقاق ، فلا يجوز له في هذه الحالة الرجوع بدعوى الإثراء . ومثل ذلك أيضاً المقتصب لمال الغير ، يستطيع صاحب المال أن يرجع عليه بدعوى النصب ، فلا يجوز أن يرجع عليه بدعوى الإثراء .

والصحيح أن للمير في الشل الأول ، إذا كان لا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء ،

= وهو يستشهد على هذا الرأي بنفس الحكم في ص ١٢٧ حاشية ٢) . وغنى عن البيان أن الحكم غير صريح في المني المنسوب إلى عكة النض . وقد استشهدنا نحن بهذا الحكم ذاته في صدد أن الإثراء قد يكون سبب عقد . ومن هنا نرى الارتباط القوي بين الصفة الاحتياطية والسبب في الإثراء ، فإن حكماً واحداً استشهد به على كل من الأمرين) .

على أن هذين الأمرين جد مختلفين . فالقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا تباشر إذا وجدت بجانبها دعوى أخرى غير القول بأنه إذا وجد للإثراء سبب فلا تقوم دعوى الإثراء ، و الفرق بين أن يقال إن دعوى الإثراء قائمة ولكنهما لا تباشر ، وأن يقال إن دعوى الإثراء لا تباشر لأنها غير قائمة .

فليس ذلك لأنها دعوى احتياطية ، بل لأنها غير قائمة أصلاً ، إذ المثلث هنا وهو المستعير قد أترى بسبب قانوني هو عقد العارية كما رأينا فيما تقدم . وسنرى فيما يلي أن « سبب الإثراء » ينفي في الكثرة الغالبة من الأحوال ، كما أغنى في هذه الحالة ، عن الاتجاه إلى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . أما في المثل الثاني فلا يوجد ما يمنع صاحب المال من الرجوع على المنتصب بدعوى الإثراء ، فهو بالخيار بين هذه الدعوى ودعوى الفسب ، وإن كان في الواقع يختار دعوى الفسب إذ هي تهيء له تمويضاً أوفر . فدعوى الإثراء لا تكون إذن دعوى احتياطية إلا إذا كان ذلك من ناحية الواقع لا من ناحية القانون^(١) .

(١) وقد رأينا فيما قلناه عن الموجز (فقرة ٣٩٠ — فقرة ٣٩١) مثليين آخرين : (١) يتفق طبيب مع مريض على معالجته ويكون المريض قد أمن على نفسه من المرض . (٢) يوفى شخص ديناً على غيره متفقاً أن الدين في قمته — وقتنا إنما لا نرى ما يمنع من أن يترك الطبيب دعوى المقدم قبل المريض إلى دعوى الإثراء قبل شركة التأمين ، وأن يترك من وفى دين غيره دعوى دفع غير المستحق قبل الدائن إلى دعوى الإثراء قبل المدين .

وفي هذين المثالين اجتمعت دعوى الإثراء مع دعوى القصد ومع دعوى دفع غير المستحق . وقد تجتمع مع دعوى المسؤولية التصيرية كما رأينا في مثل المنتصب لمال الغير الذي أوردناه في المتن ، وكما يقع في المنافسة غير المشروعة وفي التقليد (contrefaçon) فيجوز للدعي أن يرجع على المنافس أو القلد بدعوى المسؤولية التصيرية أو بدعوى الإثراء . وقد تجتمع دعوى الإثراء مع دعوى الفضالة كما إذا كشف نسابة ميراثاً لشخص يجهل أنه وارث ، وكما إذا تولى عام عملاً لصالح شخص دون توكيل ، فيجوز أن يرجع النسابة أو المحامي على من أترى لما بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء .

ونستخلص من هذه الأمثلة أن دعوى الإثراء هي دعوى أصلية ، فإذا اجتمعت مع دعوى أخرى — كدعوى القصد أو دعوى المسؤولية التصيرية أو دعوى دفع غير المستحق أو دعوى الفضالة — كانت للدعوى الجارية بينها وبين هذه الدعوى الأخرى . وفي هذا التعلق وحده يمكن أن تصور أن تقوم دعوى الإثراء مع دعوى أخرى للى جانبها .

ويمكن القول — وهذا هو التحفظ الذي أشرنا إليه عندما كنا نتقل عن الموجز — إن دعوى الإثراء حتى في هذا التعلق لا تقوم . ولعلنا نستطيع الوصول إلى هذه النتيجة من طريق تحليل معنى « الانتفاع » تحليلاً أبعد مدى مما قدمناه . إذ يلاحظ أن الانتفاع في كل هذه الأمثلة يقابلها حتى ترتب للفقر بسبب انتفاعه . فالمنسوب ماله كسب بالفسب حقاً في التمويش قبل الناسب . والطبيب كسب بالقصد حقاً قبل المريض . والمولى لدين غيره كسب بالوفاء حقاً قبل الدائن . ومن توفى منافسة غير مشروعة أو قلدت بضاعته كسب بالمنافسة غير المشروعة أو بالتقليد حقاً قبل المنافس أو القلد . والنسابة والمحامي دون توكيل كسباً بالفضالة حقاً قبل الوارث وقبل من تراض عنه المحامي — فهل إذا كان الفقر في الوقت =

بقيت الحالات التي تكون فيها الدعوى الأخرى التي قامت إلى جانب دعوى الإثراء قد انسدت طريقها ، فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء لأنها كما يقال دعوى احتياطية ، ولا الدعوى الأخرى لأن طريقها قد انسدت . وجميع الأمثلة التي تورد عادة في هذا الصدد ليست إلا حالات تحقق فيها للإثراء سبب قانوني ، فلا يجوز للمدعى أن يرجع بدعوى الإثراء ، لا لأنها دعوى احتياطية ، بل لأنها ليست قائمة . فإذا أقرض شخص آخر

== الذي انصرفه كسب حقاً يعادل هذا الاقتراض ودخل هذا الحق في ماله ، يمكن القول مع ذلك إن اقتضاه موجود ؟ ألا يجوز أن يقال إن الاقتراض هنا قابل له حق يعادله فانضم ، فلا تقوم دعوى الإثراء في جميع الحالات التي قسمناها ؟ إذا صح ذلك انمحق كل فرض تقوم فيه دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها ، فهذه الدعوى الأخرى إذا قامت تكون إما « سبباً » للإثراء أو « معادلاً » للاقتراض ، وفي الحالتين لا تقوم دعوى الإثراء .

وهذا الرأي له مزيان : (أولاً) أنه يسطر المسألة التي نحن بصدد حلها إلى حد كبير ، وبدلاً من أن نقرض إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة ، ثم نتساءل أيجوز مع قيام هذه الدعوى الأخرى مباشرة دعوى الإثراء ، نقرر وبساطة أن دعوى الإثراء إذا توافرت أركانها لا يمكن أن تقوم إلى جانبها دعوى أخرى . فتصبح مسألة الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء مسألة غير ذات موضوع . (ثانياً) أنه يجمل للاقتراض « معادلاً » له مزية التحديد الذي جملناه « لسبب » الإثراء . فكأن الإثراء قد يكون له « سبب » هو المصدر القانوني الذي أكسب المترى هذا الإثراء ، كذلك الاقتراض قد يكون له « معادل » هو الحق القانوني الذي كسبه المقرض بسبب هذا الاقتراض والاقتراض « بمعادل » كالإثراء « بسبب » ، كلاهما يصد في دعوى الإثراء ركناً من أركانها فلا تقوم .

هذا وقد تجتمع دعوى الإثراء مع الدعوى غير المباشرة ، كصاحب أرض يؤجرها ويشترط على المستأجر أن يكون ما يقيه هذا من بناء ملكه . ثم يتعاضد المستأجر مع مقاول لإقامة البناء ، ويعجز عن الوفاء بالتزاماته نحو كل من المقاول وصاحب الأرض ، فيترجم هذا نحو المستأجر أن يرض المقاول ويستولى على البناء . فالقول في هذه الحالة أن يرجع على صاحب الأرض إما بدعوى الإثراء أو بالدعوى غير المباشرة نيابة عن المستأجر . ولكن دعوى الإثراء هنا لم يوجد إلى جانبها دعوى أخرى للمقاول ، فإن الدعوى غير المباشرة ليست إلا دعوى المستأجر يستعملها المقاول نيابة عنه (انظر محكمة السين الفرنسية في ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دي باليه ١٩٠٠ - ٢٩٠٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ١٨٦ يارض حكماً آخر في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ٢٨٦) .

[ومارن أحمد حشمت أبو سقيت ققرة ٥٧٦ م ٥٣٢ وعبد النعم فرج الصدة ققرة ٥٤٦ م ٥٩٦ . حيث يريان أنه لا يجوز الانتباه إلى دعوى الإثراء إلا إذا انضمت كل دعوى أخرى أمام المسمى ، أما إذا كانت هناك دعوى أخرى يستطيع أن يباشرها أو كانت ولكن انسدت طريقها مانع من اللجوء ، كتقامد أو قوة الشيء المقضي أو عدم إجراء قيد الخ ، فلا يملك الدائن الانتباه إلى دعوى الإثراء لوجود دعوى أخرى] .

مبنياً من النقود يزيد على عشرة الجنيهات ولم يحصل على دليل كتابي ، وأراد القرض — بعد أن انسأ أمامه طريق دعوى القرض لمانع قانوني هو انسداد الدليل الكتابي — أن يرجع على المقرض بدعوى الإثراء حتى يتمكن من إثبات القرض بالبينة كواقعة مادية ، لم يحجز له ذلك لأن الإثراء هنا له سبب هو عقد القرض ^(١) . وإذا أقرض مصرف مديناً

(١) ويرى الأستاذ ناكيه (Naquet) جواز أن يباشر القرض دعوى الإثراء بشرط إثبات واقعة الإثراء بالكتابة قياساً على الواقع القانونية التي تنطوي على عقود فإنه يجب إثباتها بالكتابة كما في جريمة خيانة الأمانة (تطبيق على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيرييه ١٩١٨ — ١ — ٤١) .

والصحيح أن دعوى الإثراء هنا لا تقوم لوجود سبب للإثراء هو عقد القرض كما قلنا . وهذا هو شأن عقد القرض إذا أبرم كتابة بأجر لإجالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل (م ٦٥٨ فقرة ١ وفترة ٢ مدني جديد) ، فإذا حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة لم يأذن بهما رب العمل كتابة ، وأراد الماثل الرجوع على رب العمل بزيادة في الأجر ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى المقذ لاذ لا يجوز له إثبات الاتفاق على التعديل أو الإضافة إلا بورقة مكتوبة ، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء لأن إثراء رب العمل له سبب هو عقد القرض الأصلي .

وهذا أيضاً هو شأن كل القروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى ينسد طريقها لمانع قانوني (انظر الحالة الثالثة من الحالات الخمس التي بحثها ألبورتينو في رسالته) . فإذا قام تاجر بتوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها ، وتقدم حقه بانقضاء سنة (م ٣٧٨ مدني جديد) ، وانسد طريق دعوى العتد بالتقادم ، فإن التاجر لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء لأن المدعى عليه قد أثرى بسبب قانوني هو التقادم . وإذا باع قاصر عقاراً ضمن فاحش ورفض دعوى لشكك الثمن ففضله بالتكسلة ، ثم تزلت قبلة العقار في يد المشتري إلى أقل من أربعة أخماسه ، وانسد طريق دعوى تكسلة الثمن بصدور حكم نهائي ، فإن المشتري لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على العناصر لأن هذا قد أثرى بسبب قانوني هو قوة الشيء المقضي .

وقد رأينا فيما قدمناه من الأمثلة أن المانع القانوني الذي ينسد به طريق الدعوى الأخرى ينقلب فيكون سبباً للإثراء ، فيمنع بذلك قيام دعوى الإثراء . فإذا لم ينقلب هذا المانع القانوني سبباً للإثراء ، وانسد الطريق دون الدعوى الأخرى من غير أن ينسد دون دعوى الإثراء . وهذا قلح أن دعوى الإثراء ليست بالدعوى الاحتياطية كما يقال . وثائق يمثل لك : نصت المادة ١٨٤ من التقنين المدني الجديد (م ٢٠٩/١٤٨ قديم) على أنه « لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير اللدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو ما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل اللدين الحقيقي تسقط بالتقادم . ويترتب اللدين الحقيقي في هذه الحالة بجموح النير الذي قام بالوفاء » . فنهنا وجبت دعوى استرداد غير المستحق ، وانسد طريقها لمانع قانوني وهو تجرد الدائن من سند الدين أو من التأمينات أو سقوط دعواه بالتقادم ، ولكن القانون اصطنع هذا المانع بقدر فلم يجعله سبباً للإثراء ، وأجازا لتغير الذي قام بالوفاء أن يرجع بدعوى الإثراء على اللدين الحقيقي . ولا يقال ، إذا ترك =

مبلفاً من التقود سدد به دائماً مرتباً ، وأهمل المصرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحلولة محل هذا الدائن المرتب ، وترتب على ذلك أن دائماً متأخراً تقدم على المصرف ، وأراد المصرف — بعد أن انسد أمامه طريق دعوى الحلول بإهماله — أن يرجع على الدائن المتأخر بدعوى الإثراء ، لم يجز له الرجوع بهذه الدعوى لأن إثراء الدائن المتأخر له سبب هو حكم القانون وقد سبق الإشارة إلى ذلك^(١) وإذا تعاقد معلم مع والده تلميذ على أن

== الدائن دعواه قبل للدين الحقيقي تسقط بالتقادم ، إن التقادم هو سبب الإثراء ، ذلك لأن دعوى الدائن وقت أن استوفى الدين ، أى وقت أن أرى ، لم تكن قد سقطت بالتقادم ، والعبرة في الإثراء بوقوعه لا بوقت رفع الدعوى كما سترى .

(١) وهذا أيضاً هو شأن كل الفروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى يفسد طريقها بفعل الدائن (انظر الحالة الرابعة من الحالات الخمس التي بحثها ألويزينو في رسالته) . فإذا كان شخص يملك كلباً ضل في غابة للصيد ، فأمسك به صاحب الغابة وأبقاه عنده أياماً متوالياً ففقه إطماعه دون أن يسلمه للبلدية ، فسد أمامه طريق دعوى الفضالة بفسله ، فإن صاحب الغابة لا يستطيع أن يرجع بدعوى الإثراء على صاحب الكلب ، لأن هذا إذا كان قد أرى فلاثرائه سبب هو قانون ٢١ يونيو سنة ١٨٩٨ الذي يوجب في فرنسا تسليم الكلاب الضالة للبلدية وهي التي تتولى إطماعها (انظر رسالة ألويزينو ص ١٥١ ص ١٥٢ — مارافان مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٤١ — ص ١٤٢ — انظر أيضاً محكمة لمتاي البارودي في ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ وهي الأحكام التي أشار إليها مارافان في المرجع المشار إليه) . وإذا أهمل المفاول في اتخاذ الإجراءات اللازمة لفقد حق امتيازهم على بناء أطمه لشخص أفس ، فسد أمامه طريق دعوى الامتياز بفسله ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب على التفضيلة ، لأن التفضيلة إذا كانت قد أثرت من ضياع حق امتياز المفاول ، فلهذا الإثراء سبب قانوني هو أحكام القانون الخاصة بمغائب الماشين (انظر ألويزينو ص ١٥٢ — ص ١٥٤ — مارافان ص ١٤٠) .

يضاف إلى هذه الأمثلة مثل آخر في قضية فرنسية هي قضية (Deschalettes) (نقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ دالوز ١٣ — ١ — ٤٣٣) : باع رجل أرضاً لخليته بياً مورياً ، فرهنت الخليفة الأرض لمصرف في مقابل قرض أقامت به بناء على الأرض . فرفضت مطلقة البائع دعوى قضت فيها بحكمة النقض الفرنسية بطلان الرهن الصادر من الخليفة لأن ملكيتها للأرض ملكية صورية ، ورفضت أن يكون للمصرف دعوى لإثراء قبل للطلقة التي أثرت من وراء بطلان الرهن إذ ارضعت مرتبة رهنها القانوني على أموال مطلقة ومنها هذه الأرض . ويقول الأستاذ رواست في صدد هذه القضية إن دعوى الإثراء ترفض لأن للمصرف أهمل . وهذا غير صحيح لأن المصرف لم يكن يعلم بصورية البيع ، وجبه أهمل فدعوى الإثراء لا تنفع بإهمال الدائن وقد رأينا أن الحائر سبب الدعوى الإثراء ، والصحيح أن بحكمة النقض الفرنسية أخطأت في إطلاق ==

سيعطى التليذ درساً خاصاً ، ثم يفسل الأب ، تنفسد أمام الدلم دعوى الرجوع بالعقد للإعساره ، ويريد للملم الرجوع على التليذ بدعوى الإثراء بلا سبب ، لم يحز له ذلك لأن إثراء التليذ له سبب هو التزام الأب أن يقوم على تعليم ولده ^(١) .

ويتبين مما قدمناه أن دعوى الإثراء هي دعوى أصلية . فإذا قامت دعوى أخرى إلى جانبها ، كان للمدعى اختيار بين الدعويين . وإذا كان يختار في الواقع الدعوى الأخرى ، فتبدو دعوى الإثراء في الظاهر كأنها دعوى احتياطية . فإذن ذلك يرجع إلى أن هذه الدعوى الأخرى إما أن تكون قد جعلت لاثراء سبباً فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء ، وإما أن تكون هي الأجدى على المدعى فلا يرغب في أن يباشر دعوى الإثراء .

وإذا كان هناك شيء يستبقى من فكرة الصفة الاحتياطية ، فليس ذلك ما يقال من أنه يجب على المدعى أن يستعرض الطعوى واحدة بعد الأخرى ، فإذا استفدها جميعاً ولم يستقم له أى منها التجأ إلى دعوى الإثراء . بل القى يستبقى هو أنه يجب على المدعى أن يستعرض الأسباب القانونية واحداً بعد الآخر ، فإذا استفدها جميعاً ولم

الرهن ، لأن الصورية لا يحتج بها على الغير حسن النية . أما إذا فرضنا جدلاً أن الصورية يحتج بها هنا ، فإن محكمة النقض تكون قد أصابت في إنكار دعوى الإثراء . دلي للمصرف الذى سد طريق دعوى الرهن بفضله ، وإذا كانت الطلقة قد أثرت ، فإن لإثرائها سبباً قانونياً هو أحكام القانون الخاصة بحفظ مراتب الدائنين (مارافان س ١٣٨ - س ١٤٠ - ألويزينوس ١٤٤ - س ١٥٠) .

(١) وقد رأينا أن محكمة مونبيلي الفرنسية (٣ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ٢ - ٢١٣) أجازت رجوع الملم على التليذ بدعوى الإثراء بلا سبب . (انظر ألويزينوس ١٥٧) وانظر عكس ذلك مارافان ١٠٩ .

كذلك إذا لم يخش شخص سيارة آخر ، فوهبها للمشتري لثالث ، وفسخ البائع البيع وأراد الرجوع على المشتري فوجده مصراً ، فهو لا يستطيع الرجوع على الوهب له بدعوى الإثراء ، لأن الوهب له قد أنرى سبب قانونى موحياة القول بحسن نية (لا عقد الهبة لأن الواهب قد افسخ سند ملكيته) . وقد سبقت الإشارة إلى أن المصروع التهميدى لثنتين المدنى الجديد اشتمل على نص يميز في هذه الحالة رجوع البائع على الوهب له بدعوى الإثراء ، ولكن النص حذف في لجنة للراجعة ، فخرج للمصروع التهميدى خالياً منه .

يقم أى منها سبباً لإثراء المدعى عليه ، جاز له عند ذلك أن يرجع بدعوى الإثراء^(١) .

المطلب الثانى

لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى

٧٨١ - التقنين المرنى الجديد : نص التقنين المدنى الجديد صراحة فى المادة ١٧٩

على أن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد . ومعنى ذلك أن العبرة بمحصول الإثراء . فحتى حصل وجد الالتزام فى ذمة المثرى ، وليس من الضروري بعد ذلك أن يبقى الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى .

٧٨٢ - الرأى المعارض : والرأى السائد فى فرنسا^(٢) هو الرأى المعارض . إذ

يشترط هناك - كما كان يشترط فى مصر^(٣) قبل صدور التقنين للذنى الجديد - أن

(١) وإذا أخذنا بفكرة « للمعدل » فى الافتقار على الوجه الذى قدمناه أمكن أن نقول إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية للمضى الآتى : يجب على المدعى قبل أن يأتى إلى دعوى الإثراء أن يتعرض كل الأسباب التى تصلح مصدراً قانونياً لقيام الإثراء أو لقيام معدل الافتقار ، فإذا استفدها جميعاً ولم يجد أياً منها يصلح لذلك ، جاز له عندئذ أن يرجع بدعوى الإثراء .

(٢) لوران ٢٠ فقرة ٣٤٠ - أوبرى وروطجة خامسة ص ٣٦٢ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (٢٦) - بلايول وريير وإسمان ٧ ص ٥٠ - جوسران ٢ ص ٢٨٠ (١) - [بيدان ٩ مكرر ص ٣٦٥ بند ١٧٥١] - محكمة ليون الاستئنافية ١١ يناير سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦ - ٢ - ١٣٢ - محكمة باريس الاستئنافية ٢٧ يولية سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ - ٢ - ٧٣ - محكمة فينا الابتدائية ٤ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ١٥٣ - وقارن ديموج ٣ فقرة ١٧٠ ص ٢٨١ - [وقارن أيضاً دى باج ٣ بند ٤٩ ص ٦١ حيث ينتقد هذا الرأى] .

(٣) دى هلنس ٢ ص ٢٩٩ - والنسون ٢ ص ١٩٠ - الموجز للمؤلف ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨ - مارافان ص ٧٥ - ص ٨٣ . ومع ذلك قارن حشمت أبو سقيت فقرة ٥٣٥ وفترة ٥٤١ وفترة ٥٤٩ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دعوى الإثراء تفترض أن مال المدعى عليه قد زاد وقت رفع الدعوى بسبب ما تقدمه له المدعى . فلا تقوم هذه الدعوى فى جميع الحالات التى يرى فيها المدعى عليه أن هذه الزيادة فى ماله قد زالت ، حتى لو كان زوالها قد وقع بسبب ما أتقنه منها ، إلا إذا كان الإثاق اضرورة من ضروريات المعاش بحيث يكون من المحقق أن مال المدعى عليه كان ينقص بالإثاق لهذا السبب =

يكون الإجراء قائماً وقت رفع الدعوى . وقد جاء في «الوجز»^(١) في هذا الصدد ما يأتي :
« والقدر الذي أترى به اللذين يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى عليه من الدائن .
وينبني على ذلك أنه لو قام الدائن بترميمات في منزل للمدين ، ثم احترق المنزل قبل أن
يرفع الدائن الدعوى ، فإنه لا يرجع بشيء على المدين . ولكن إذا احترق المنزل بعد رفع
الدعوى وقبل صدور الحكم ، فلا يؤثر هذا في حق الدائن ، فإن الحكم يستند إلى يوم رفع
الدعوى . على أن الإجراء يعتبر قائماً ولو كان ناشئاً عن خدمات أداها الدائن للمدين
وانتهت هذه الخدمات قبل رفع الدعوى ، إلا إذا كانت هذه الخدمات قد أنشأت فائدة
مادية كانت قائمة ثم هلكت قبل التقاضي » .

وهذا الحكم الغريب — وهو البقية الباقية من مخلفات الماضي وقت أن كانت دعوى
الإجراء ترسف في الأغلال والقيود — يقيمه أنصاره على الأسانيد الآتية^(٢) :

(١) أن الفرض من دعوى الإجراء هو إعادة التوازن الذي احتل بين ذمتين ماليتين :
إحداها أثرت بسبب افتقار الأخرى ، فالوقت الذي يعتبر فيه اختلال التوازن هو الوقت
الذي تطلب فيه إعادته ، أي وقت رفع الدعوى .

(٢) اشتراط قيام الإجراء وقت رفع الدعوى هو الذي يميز دعوى الإجراء عن دعوى
الفضالة . ففي الفضالة لا يشترط قيام الإجراء وقت رفع الدعوى ، لأن الفضولي وهو يولي
جميلاً لرب العمل أولى بالرعاية من المقتصر .

= لولا الزيادة التي أحدثها المدعى (استئناف مخطط في ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٧ — انظر
أيضاً استئناف مخطط في ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢٢ — محكمة النصورة الجزئية المختلطة في
١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٣ — محكمة أشمون الجزئية في ٢٦ أكتوبر
سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٠ ص ١٩٥) .

(١) ص ٣٨٧ — ص ٣٨٨ .

(٢) تنقل هذه الأسانيد عن مارافان بنوع خاص ، فهو من أنصار هذا الحكم ومن أكثرهم تحمساً له
(انظر مارافان مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ٧٥ — ص ٨٣) .

- (٣) أن الإثراء يماثل الضرر في المسؤولية التقصيرية ، وكلما بقدر وقت رفع الدعوى .
(٤) أن جميع التقديرات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى ^(١) .

٧٨٣ - **الرأى الصحيح :** والرأى الصحيح في نظرنا هو الرأى الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد من أن العبرة في تقدير الإثراء بوقت حصوله لا بوقت رفع الدعوى .
ومادما نريد أن نحور قاعدة الإثراء من القيود التى أُنقِطها فى الماضى ، فالواجب أن نتصا كم في هذه المسألة ، لا إلى تقاليد القاعدة ، بل إلى المنطق القانونى السليم . وقد قدمنا أن مصدر التزام المثرى هو واقعة الإثراء ، ولما كان الالتزام يوجد بوجود مصدره ، فالإثراء المثرى بالتعويض يوجد بمجرد أن تتحقق واقعة الإثراء . فنجد أثرى للمثرى أصبح ملتزماً . ومتى تمين وقت قيام الالتزام تمين كذلك محل الالتزام ، إذ الالتزام لا يقوم إلا بقيام محله . فبتمين إذن محل الالتزام - وقيمة الإثراء أحد عنصره - وقت تحقق الإثراء . ويتبين من ذلك في وضوح أن قيمة الإثراء إنما تقدر وقت تحقق الإثراء لا وقت رفع الدعوى .

- (١) هذه هى الأسانيد الرئيسية . ويضاف عادة حجج أخرى ثانوية منها :
« ١ » أن الإثراء دخل في مال المثرى دون إرادته ، بل دون علمه في بعض الأحيان ، فكيف يجوز عدالة أن يرد المثرى هذا الإثراء إذا لم يبق منه أثر وقت رفع الدعوى ؟
« ٢ » يقع كثيراً أن يكون المقتصر هو السبب في إفقار قسه ، فواجبه أن يسجل في رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء (ألو زينوس ص ٧٥) .

« ٣ » اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدي إلى نتائج عادية في الفروض الآتية : ١ (إذا اشتمل الإثراء على سندات استهلكك وقت رفع الدعوى فن العدل أن ترد قيمتها الإسمية - وهى القيمة وقت رفع الدعوى - لا قيمتها الفعلية - وهى القيمة وقت الإثراء ، إذ قد تكون القيمة الأولى أقل بكثير من القيمة الثانية . به) إذا اشتمل الإثراء على عين باعها للمثرى أو وهبها فن العدل أن يرد الثمن في حالة البيع أو لا يرد شيئاً في حالة الهبة - وهذه هى قيمة الإثراء وقت رفع الدعوى . أما إذا رد قيمة الإثراء وقت حصوله فيجب أن يرد قيمة العين في حالة البيع والهبة . - (٢) لذا كان الإثراء لم يتحقق ، كما إذا أُلغى مستأجر بناء في العين المؤجرة ستؤول ملكيته إلى المؤجر عند نهاية الإيجار ، فن العدل ألا يرجع للمساؤل بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار لأن الإثراء غير موجود وقت رفع الدعوى .

وستتولى الرد على هذه الحجج عند الرد على الأسانيد الرئيسية .

هذا هو المنطق القانوني السليم . وهو عين المنطق الذي نراه في جميع المصادر الأخرى للالتزام . فالالتزام الناشئ من العقد يتعين محله وقت تمام العقد . والالتزام الناشئ من العمل غير المشروع يتعين محله وقت وقوع الضرر على تفصيل سنعود اليه فيما يلي . والالتزام الناشئ من القانون يتعين محله وقت قيام الواقعة القانونية التي يرتب القانون عليها الالتزام ، جواراً كانت أو قرابة أو غير ذلك . فإذا كانت مصادر الالتزام جميعاً ، إذا قامت يتعين بقيامها محل الالتزام ، فلماذا نستثنى من هذا المبدأ المنطقي العادل مصدراً واحداً هو مصدر الإثراء بلا سبب ، ونستبقى لهذا المصدر وحده بقية من بقايا الشنوذ التي اشتهر بها في الماضي ! إن القانون المدني الجديد عندما قرر أن الإثراء بلا سبب هو كثيره من المصادر إذا قام يتعين بقيامه محل الالتزام ، وأن المعبرة في تقدير قيمة الإثراء تكون بوقت تحقق الإثراء ، قد أعاد هذا للمصدر إلى حظيرة القواعد العامة ، وجعله نظيراً لغيره من المصادر الأخرى ، وفك عنه آخر غل كان به مشدود الوثاق .

٧٨٤ - نفخ الرأى المارصم : أما الحجج التي يستند إليها الرأى للمارض فن اليسور قضها :

(١) فأما أن دعوى الإثراء يقصد بها إعادة التوازن الذي اختل بين ذمتين ماليتين ، فهذا صحيح . ولكن إلى أى وقت تكون إعادة التوازن ؟ إن قيل إن إعادة التوازن واجبة إلى يوم رفع الدعوى لأن الاختلال يكون قائماً وقت ذلك ، فإن هذا المنطق يجر القائل به إلى مدى أبعد . ومادامت المعبرة بقيام الاختلال ، فما أولى أنصار الرأى للمارض أن ينفخوا من وقت رفع الدعوى إلى وقت النطق بالحكم ، ففي هذا الوقت وحده يستطيع القاضي أن يحكم بإصلاح آخر أثر للاختلال في مكتته أن يصلحه ! وقد أبى الأستاذ ديموج ، وهو من أنصار الرأى للمارض ، إلا أن يسير في منطقته إلى نهاية الشوط ، فيقول بوجود إصلاح الاختلال إلى وقت النطق بالحكم^(١) . ولكن مقتضيات الصياغة

القانونية تأبى إلا استقرار التعامل . فن بين الأوقات الثلاثة التي تتنازع المسألة التي نحن بصدها ، وقت وقوع الاختلال في التوازن ووقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم ، لا يوجد إلا وقت واحد هو المستقر الثابت ، لا يدخل في تحديده التحكم . ولا يتعين تبعا للمصادفات ، وهو فوق هذا كله الوقت الذي يقوم فيه الالتزام . وذلك هو وقت وقوع الاختلال في التوازن ، أى وقت تحقق الإثراء . فالواجب إذن الوقوف عند هذا الوقت وحده لتقدير قيمة الإثراء .

(٢) وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء من دعوى الفضالة ، فهذه حجة بادية الوهن . فالتمييز بين الدعويين لا يزال قائما حتى بعد اختفاء هذا المميز . ولا يزال هناك فارق جوهري بين دعوى الفضالة التي تجمل للفضولى الحق في استرداد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة ، ودعوى الإثراء التي لا تجمل للفقير إلا أقل القيمتين من الإثراء والافتقار . بل إن هذا الفارق الجوهري هو الذى يستجيب لهمة كل من الدعويين ، فإن الفضولى بولى جميلا فكان له أن يسترد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة ، أما للفقير فليست عنده هذه النية ولذلك لا يسترد إلا أقل القيمتين .

(٣) وأما أن الإثراء بماتل الضرر في المسئولية التقصيرية ، كلاهما يقدر وقت رفع الدعوى ، فهذه مماثلة خاطئة وحكم غير صحيح . وإنما بماتل الضرر في المسئولية التقصيرية الافتقار لا الإثراء . وسرى أن الافتقار كالضرر يقدر يوم النطق بالحكم إذا كان متغيرا لا يقوم رفع الدعوى .

(٤) وأما أن جميع التفتينات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى ، فهذه التفتينات إذا كانت لاتينية فلا دلالة لها ، لأنها إنما تدير في قاعدة الإثراء وصفا لتقاليدها الضيقة . وإذا كانت جرمانية فدلالتها أقل ، وقد رأينا أن القوانين الجرمانية تذهب في توضيق قاعدة الإثراء بلا سبب إلى مدى أبعد من المدى الذى تذهب إليه القوانين اللاتينية . خفى تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر ، ولا تقر الإثراء المحض بل تشترط أن يكون

ذات قيمة مادية . فكل هذه التقنيات من لائنية وجرمانية وقتت بالقاعدة عند تقاليدھا القديمة ، وجدت عن أن تسير بها طريق التطور^(١) . على أن هناك تقنيين سجلت للقاعدة هذا التطور الأخير ، فصا صراحة على جواز أن يكون الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى ، وهما التقنين المتساوي^(٢) والتقنين الأرجنتيني^(٣) . فهل يعيب القانون المصري الجديد أن يكون قد سار بالقاعدة إلى هذا للذي الواجب في التطور^(٤) ؟

(١) على أن بعض هذه التقنيات ينص صراحة على وجوب رد الإثراء مقدراً وقت تحققه (لا وقت رفع الدعوى) إذا كان للزى سيء النية (١٢٧ من التقنين البولوني وم ١٤٢ من التقنين اللباني وم ١٨٢ من التقنين الصيني وم ٤٠٠ من التقنين السوفيتي) . وغني عن البيان أن اللزى حسن النية لا يقل التزامه ، في منطبق قاعدة الإثراء بلا سبب ، عن التزامه للزى سيء النية ، إذ أن سوء النية أو حسنھا لا دخل له لا في ترتيب الإلزام ولا في تحديد مدها .

(٢) ينص التقنين المتساوي — وهو في صدد التميز صراحة ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب أي أنه لا يخلط بينهما كما ذهب إلى ذلك الأستاذ مارافان (ص ٨٧) — على أن تقدير الإثراء يكون وقت تحققه حتى لو زال بعد ذلك ، فيقول في المادة ١٠٤١ : « إذا استعمل شيء لنفسه الغير ، من غير أن تكون هناك فضالة ، فله صاحب الشيء أن يسترده عيناً ، فإذا أصبح ذلك غير ممكن استرد القيمة التي كانت له وقت الاستعمال حتى لو زال الإثراء بعد ذلك » .

(٣) ينص التقنين الأرجنتيني في المادة ٢٣٤٣ على ما يأتي : « النفود التي تكون أنفقت فزادت في قيمة شيء يملكه الغير ، أو ترتب على إنفاقها نفع للغير أو تحسين في ملكه ، يعتبر إنفاقاً أمراً ثامناً ، حتى لو زال الإثراء فيما بعد » .

(٤) أما المبحث الأخرى الثانوية فهي أيضاً غير مقننة :

١ — فأما أن الإثراء قد دخل في ملك للزى دون إرادته ، بل ودون علمه في بعض الأحيان ، فلا يجوز أن يرد للزى هذا الإثراء إذا لم يبق له أثر وقت رفع الدعوى ، فهذه حجة مقدمتها لا صلة لها بنتيجتها . ذلك أن التزام اللزى بالرد لا ينشأ من إرادته ، بل ينشأ من واقعة مادية هي واقعة الإثراء . فتي تحققت هذه الواقعة ظم الالتزام وتبين علمه في الوقت الذي نعلم فيه . والالتزام هنا كما نرى مستقل عن إرادة اللزى ولا صلة له بها حتى يصح أن يترتب على انقضاء إرادته أي أثر في مدى التزامه . ثم ما عسى أن يقول أصحاب هذه الحجة في الأحوال التي يتحقق فيها الإثراء بإرادة اللزى وهي أحوال كثيرة ؟ أترام يفرقون بين حالة وحالة ؟

٢ — وأما أن المقتصر هو السبب في إنقار نفسه فوجب عليه أن يسجل في رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء ، فهذه حجة غريبة ، إذ هي لا تقوم على أساس قانوني ، ولا هي تشمل كل حالات الإثراء ، فكثيراً ما يقع أن يكون للزى هو السبب في إلقاء نفسه على حساب المقتصر . والسبيل القانوني لدفع المقتصر إلى تسجيل دعواه هو تقصير مدة التقادم ، وهذا ما فعله التقنين الجديد .

٣ — وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدي إلى نتائج عادة ، فهذه الحجة أيضاً لا تقوم على أساس . والفروض التي سبقت في هذا الصدد هي ذاتها التي تدل على ذلك : (١) فإن الإثراء إذا اشتمل على سندات استهلك وقت رفع الدعوى قلص من المظبوط فيه أن العمل يقضى يرد قيمتها =

ويتبين عما قلناه أن الإثراء تقرر قيمته وقت تحققه . وهذا هو الوضع الصحيح للمسألة . فإدام الإثراء منذ تحققه دخل ذمة المثرى وأصبح ملكاً له ، فهو الذى يتحمل تبعته من هذا الوقت . إن زاد بعد ذلك فله النعم ، وإن نقص أو زال فعليه النعم . بهذا تقضى للبائى الصحيحة وهذا ما يفرضه المنطق القانونى ^(١) .



== الإسمية - وهى القيمة وقت رفع الدعوى - دون قيمتها الفعلية — وهى القيمة وقت الإثراء . فلو أن القيمة الأولى زادت على القيمة الثانية لبان للقاتلين بهذه الحجة أن المدل على خلاف ما يقولون . على أن المنطق القانونى يقضى بأن السندات المستهلكة — وقد أصبحت ملكاً للمثرى من وقت تحقق الإثراء — تدخل في ذمة المثرى ويلزم برد قيمتها الفعلية ، ثم هو الذى يتحمل تبعاتها بعد ذلك ، ارضت قيمتها الفعلية أو انخفضت . (ب) وإذا اشتمل الإثراء على عين باعها المثرى أو وهبها فليس من المدل أن يرد قيمتها وقت رفع الدعوى فلا يرد شيئاً في حالة الهبة (وقد قلنا أن الفتر في هذه الحالة لا يستطيع أيضاً الرجوع على الموهوب له) ، بل المدل يقضى بأن يرد قيمتها وقت تحقق الإثراء فبرد هذه القيمة في حالة الهبة ، ويرد هذه القيمة أيضاً دون الثمن في حالة البيع ، وما دام قد أصبح مالكا للعين فهو الذى يتحمل تبعاتها ، زادت القيمة أو انخفضت أو انصمت . (ج) وإذا أقام للتأجير بناء في العين المؤجرة فإن الماثل لا يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار ، لأن قيمة الإثراء تقرر وقت رفع الدعوى كما يزعم أنصار الرأى المعارض ، بل لأن الإثراء قبل نهاية الإيجار لم يتحقق ، إذ أن المؤجر لا يملك البناء إلا عند نهاية الإيجار .

على أن الرأى المعارض هو ذاته الذى يؤدى إلى نتائج غير مستساغة . من ذلك : (١) إذا كان الإثراء عملاً قد تم أو منقصة قد استهلك ، فنطق الرأى المعارض يقضى بالآل على الرجوع بدعوى الإثراء ما دام الإثراء قد انعدم وقت رفع الدعوى . ولم يثبت أصحاب الرأى المعارض برأيهم هنا ، ولم يسهم إلا أن يرجعوا عنه إلى الرأى الآخر (انظر ماراغان ص ٧٧ — بلانول وريير وإسحاق ص ٥٠ — ديمو ٣ قرة ١٧١) . (ب) إذا وفى شخص دين غيره ، فترك الدائن الذى استوفى حقه دعواه بسقط بالتقادم . فإذا أخذنا هنا بالرأى المعارض لم يجوز لمن وفى بالدين أن يرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء لأن الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى بتقادم الدين . ولا كان هذا الحل غير مستساغ فقد جرى النس على خلافه (انظر المادة ١٨٤ من التقنين المدنى الجديد — وانظر أيضاً المادة ١٤٨/٢٠٩ من القانون المدنى القديم والمادة ١٣٧٧ من القانون الفرنسى) . (ج) على أن الرأى المعارض ليس دائماً في صالح المثرى ، بل قد يتقلب حرباً عليه إذا كان الإثراء قد زاد وقت رفع الدعوى ، بدلا من أن يزول أو ينقص ، ولم يجاوز مع هذه الزيادة قيمة الافتقار .

انظر الدكتور حشمت أبو سنيت قرة ٥٤٠ ص ٣٩٤ ، وهو أميل إلى الأخذ بالرأى الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد .

(١) ولا كان القضاء والفقه في ظل القانون المدنى القديم قد جريا على أن تقدير الإثراء يكون وقت رفع الدعوى لا وقت تحقق الإثراء ، فإن التقنين المدنى الجديد — وقد أتى بحكم مخالف — لا يكون له أثر رجعى في هذه الحالة . فلو أن الإثراء هو زيادة في منزل المثرى بضم الفتر ، وتحقق هذا الإثراء ==

وبعد قد رأينا أن دعوى الإثراء تحررت في التقنين المدني الجديد من آخر ما كان بذلها من قيود ، وهي بعد هذا التحرر قد تركت لصيرها . فهل يكون هذا الصير هو مصير المسؤولية التقصيرية ، إذ كانت في القديم محصورة في نطاق ضيق ، ثم أطلقت من قيودها ، فتطورت واتسعت حتى أصبحت قاعدة عامة تنبسط على جميع نواحي القانون^(١) ؟

إن دعوى الإثراء في حاجة إلى مثل هذا التطور ، إذ لا تزال هناك حالات خاصة تقوم إلى جانب القاعدة العامة في الإثراء ، كحالات الالتصاق وحالات المصروفات الضرورية والثانوية ، وتبقى هذه الحالات في نطاقها الخاص ، وتبقى بجانبها دعوى الإثراء فيما يجاوز هذا النطاق . كل هذا حتى يأتي اليوم الذي تنقلص فيه هذه الحالات الخاصة ، فتبتلمها القاعدة العامة في الإثراء ، كما ابتلعت القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية الحالات الخاصة في الجنب للدينية .

هذه هي سياسة التقنين المدني الجديد : أن تبرز قاعدة الإثراء إلى جانب قاعدة الخطأ وإلى جانب قاعدة العقد . فتصبح مثلها مصدرأ مستقلا للالتزام .

المفرد الثاني

أحكام الإثراء بلا سبب

٧٨٥ — المدعى والمجزء : إذا توافرت الأركان التي قدمناها في قاعدة الإثراء بلا سبب ، ترتبت أحكام هذه القاعدة ، ووجب على المثرى تمويض المفقتر .

فالتمويض إذن هو جزاء الإثراء بلا سبب . ودعوى الإثراء هي الطريق إلى هذا الجزاء .

== قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أي قبل قاذ التقنين الجديد ، واحتق المثل بعد هذا التاريخ ، فإنه المفقر لا يرجع بشئ على المثرى تطبيقاً لقانون القديم .

(١) انظر ريبير في القاعدة الخفية ص ٩٠ — ص ٩١ .

قانوني ، فيصبح ناقص الأهلية دائماً للمرى . بل قد يكون المفتقر عديم الأهلية ، كالصبي غير المميز والمتوه والمجنون ، فيترى شخص على حساب أحد من هؤلاء دون سبب قانوني ، فيصبح عديم الأهلية دائماً للمرى بالتعويض^(١) .

٧٨٨ — ضرر المرحى : وقد يتعدد المفتقر ، كما لو أثرى شخص على حساب شركاء في الشيوع ، فيصبح هؤلاء الشركاء دائنين للمرى ، كل منهم بقدر نصيبه في التعويض . ولا تضامن بينهم ، بل لكل منهم دعوى مستقلة عن دعاوى الآخرين ، ويقدر القاضي تعويض كل على حدة ، وذلك لعدم ورود نص على التضامن في هذه الحالة^(٢) .

(ب) المدعى عليه :

٧٨٩ — من يكون المرحى عليه : المدعى عليه هو المرى ، فهو وحده المسئول عن تعويض المفتقر ، ويقوم مقامه في المسئولية النائب والخلف .

فإذا كان قاصراً كان نائبه هو وليه أو وصيه ، وإذا كان محجوراً كان النائب هو القيم ، وإذا كان مفلساً فالسنديك ، وإذا كان وصفاً فالناظر^(٣) ، وإذا كان شيداً بالناً فالوكيل . وخلف للمرى هو وارثه ، ولكنه لا يرث التركة في الشريعة الإسلامية إلا بعد سداد الديون . فتركة المرى تكون هي المسئولة عن تعويض المفتقر ، وأى وارث ترفع عليه الدعوى يمثل التركة ويمحوز أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين ، كمتجر مدين

(١) [انظر بيان ج ٩ مكرر بند ١٧٥٩ س ٣٧٣] .

(٢) وقد ورد نص على التضامن في حالة تعدد الفضولى (١٩٢ م ٣) ، وسيأتى بيان ذلك .

(٣) ويكون الوقف مسئولاً عن إثارته بدون سبب قانوني ، وتتحدد مسئوليته عن التعويض بأقل قيمتي الإثراء والافتقار . والظاهر أن التنفيذ بهذا التعويض على المال الموقوف يتم على قيمة الإثراء التي التحقت بالوقف . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يتم الدليل القاطع على أن إنشاء الوقف هو السبب المباشر في إيقاع الضرر بدني الواقع ، لم يكن هناك محل لقبول الدعوى البولصية من دائن سابق على إنشاء الوقف . ولكن إذا أثرى الوقف بسبب توريدات أو أعمال قام بها الدائن للمنفذ الموقوف ، ولم يستوف الدائن حقه ، ولم يتمكن من استيفائه بسبب إحصار الواقع ، جاز الرجوع على الوقف بدعوى الإثراء (استئناف مختلط في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ س ٣٤٥) .

عن طريق الإثراء ببيع وتحال ديونه على المشتري وفيها هذا الدين ، فيكون المسئول عن التمييز في هذه الحالة هو للمشتري للتجرب باعتباره خلفاً خاصاً .

٧٩ - أهلية المدعى عليه : أتى التفتين الجديد ، كما رأينا ، بنص صريح في هذه

المسألة ، قضت المادة ١٧٩ بأن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم ... » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « ولا يشترط في المثرى توافر أهلية ما ، فيجوز أن يلتزم غير المميز بمقتضى الإثراء »^(١) .

ولاشك في أن هذا الحكم هو الذى يتفق مع المنطق القانونى السليم . وإذا كان الملتزم بالمقد يشترط فيه التمييز بل يشترط فيه بلوغ سن الرشد في عقود التصرفات ، فذلك لأنه يلتزم بإرادته ، والإرادة تقوم على التمييز على تفاوت في درجاته تبعاً لخطر القصد . وإذا كان الملتزم بالعمل غير المشروع يشترط فيه هو أيضاً التمييز ، فذلك لأن مسئوليته تقوم على الخطأ والتمييز هو ركنه المعنوى ، ومن ثم جاءت مسئولية عديم التمييز عن العمل غير المشروع استثناء مستنداً إلى نص في القانون كما قلنا . أما الملتزم بمقتضى الإثراء بلا سبب فهو إنما يلتزم لا بمقتضى إرادته ولا استناداً إلى خطأ صدر منه حتى تتطلب فيه التمييز ، بل إن مصدر التزامه هو واقعة قانونية (fait juridique) ، هي واقعة الإثراء ، فحتى تحققت هذه الواقعة ترتب الالتزام في ذمته دون نظر إلى أنه مميز أو غير مميز . غير أن المثرى ، إذا لم يكن كامل الأهلية ، لا يحاسب إلا على ما انتفع به فعلاً . فإذا قد شيئاً مما جناه من ربح أو فائدة ، فلا يحسب ما فقد من ذلك في تقدير إثرائه^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٤١ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٣٣ . وفي حكم آخر قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون يقضى في الإثراء بلا سبب أن ناقص الأهلية إذا أخطأ المقتد يبنى ماتزماً بمقتضى الإثراء ، على أن الرد لا يشمل كل ما تسلمه ، بل يقتصر على ما جناه له من فتح محقق دون زيادة وعلى الفائدة التى جناها فضلاً عن وراء التزامه . وكل من النفع والفائدة لا يجوز له في حالة ما إذا أعطى سفيه ما لا حاجة له به إطلاقاً نظراً لما يملكه من المولد الشخصية . استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٩ . [وانظر أيضاً دى باج ج ٣ بند ٦١ ص ٦٢] .

٧٩١ — تعدد المدعى عليه : وقد يمتد المثرى كما لو أثرى شركاء في الشروع على حساب الغير ، فيصبح هؤلاء مدينين للمقتقر بالتعويض . ولا يكونون مسئولين بالتضامن ، بل يكون كل منهم مسئولاً بقدر نصيبه أى بأقل القيمتين : إثرائه هو وانقار الدائن الذى نشأ عنه هذا الإثراء . وقدر القاضى هذا النصيب كما يفعل عند تعدد المقتقر فيما مر بنا . وانتفاء التضامن عند تعدد المثرى كانتفاء التضامن عند تعدد المقتقر يرجع إلى عدم ورود نص على التضامن^(١) .

٢٤ — الطلبات والدفع

(تقديم دعوى الإثراء)

(١) طلبات المدعى :

٧٩٢ — يطلب المدعى تعويضاً عما لحق به من انقار في حدود ما نال المدعى عليه من إثراء . هذا هو ما يطلب المدعى ، وهذا هو ما يميز دعوى الإثراء عن دعوى استرداد

(١) وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المبدأ في دفع غير المستحق (إستئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٢٤) — ومع ذلك فقد انحرفت عن المبدأ وقضت بالتضامن في حالة الإثراء بلا سبب (١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥) لم. وقضت كذلك بالتضامن في انقضاء عند تعدد رب العمل (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٧) — وكان الواجب ألا يحكم بالتضامن في هاتين الحالتين (أنظر مارافان ١٥٧ — وقارن فرانسوا جوريه ص ٣١٨ ومحكمة النقض الفرنسية في ٤ مايو سنة ١٨٥٩ سيرة ٥٩ — ١ — ٣٧٧) .

وليس ثمة شك في التقنين الجديد — كما لم يكن هناك شك في القانون القديم — أن التضامن لا يكون إلا بناء على اتفاق أو نس في القانون . وقد نصت المادة ٢٧٩ (جديد) على أن « التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وأما يكون بناء على اتفاق أو نس في القانون » . ولا يوجد اتفاق على التضامن بين المثرين أو المقتقرين إذا تعددوا ، ولم يرد نس على التضامن إلا في حالة واحدة هي حالة تعدد الفضولى (م ١٩٢ فقرة ٣) وقد سبقت الإشارة إليها . ومخلص من ذلك بوضوح أن التقنين الجديد ، كالقانون القديم ، يقضى بعدم التضامن إذا تعدد المثرى أو تعدد المقتقر (راجع مارافان ص ١٥٨) .

غير المستحق ودعوى الفضالة . وإذا كانت الدعويان الأخيرتان ليستا إلا صورتين خاصتين من الدعوى الأولى ، إلا أن هذه الدعاوى الثلاث كل منهما مستقل عن الآخر . ويرتب على ذلك أن المفتر إذا تقدم كفضولي أو كدافع لغير المستحق وخسر دعواه ، فلا شيء يمنع من أن يقدم ثانية بدعوى الإثراء بلا سبب . ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضي ، لأن سبب الدعوى الأولى وهو الفضالة أو دفع غير المستحق يختلف عن سبب الدعوى الثانية وهو الإثراء بلا سبب^(١)

(ب) دفع المدعى عليه :

٧٩٣- كيف يرفع المدعى عليه الدعوى : يدفع المثرى دعوى الإثراء بأحد أمرين : إما بانكار قيام الدعوى ذاتها ، فيدعى أن ركناً من أركانها الثلاثة — الإثراء أو الافتقار أو انعدام السبب — لم يتوافر . وإما أن يقر بأن الأركان قد توافرت ولكن التزامه انقضى بسبب من أسباب اهتضاء الالتزام ، فيدعى مثلاً أنه وفي المفتر ما يستحق من تعويض ، أو أنه اصطلاح معه ، أو أن مقاصة وقت ، أو أن المفتر أبرأ ذمته ، أو أن دعوى الإثراء انقضت بالتقادم .

(١) ويرتب على ذلك أيضاً أن المدعى إذا استند في دعواه إلى الفضالة ، فلا يجوز له لأول مرة أمام محكمة النقض أن يستند إلى دعوى الإثراء بلا سبب . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بما يأتي : « إذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بما أقتضه المدعى في تكلفة بناء على أرض المدعى عليهم اعتياداً على تكليف شفوي من أحدهم ، وأسس المدعى دعواه أولاً على الوكالة ثم على الفضالة ، ورفضت المحكمة الدعوى بناء على أن الوكالة المدعاة لا يمكن إثباتها بالبينة وعلى أن المدعى لا يعتبر فضولياً لعدم توافر شرائط الفضالة بالنسبة له ، فلا يقبل من المدعى أن يضمن بطريق النقض في هذا الحكم على أساس مخالفته للمادة ٦٥ من القانون المدني بمقولة إن مبنى طعنه هو من الأسباب القانونية الصرف التي يجوز لهاؤها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ذلك لأن هذا المعلن فضلاً عما فيه من تغيير للأساس المرفوعة به الدعوى فإن عناصره الواقعية لم تكن عرضت على محكمة الموضوع لجسها حتى ينشئ لمحكمة النقض أن تنظر فيه (قضى ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٠٠ ص ٢٩٧) . كما قضت محكمة النقض بعدم جواز التمسك لأول مرة أمامها بالفضالة ، فقالت في ذلك : « لا يصح التمسك أمام محكمة النقض بأن المدعى إنما كان فضولياً في الدعوى المرفوعة منه إلا إذا كان ذلك قد عرض على محكمة الموضوع » (قضى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٨٦ ص ٢٩٤)

٧٩٤ — **الرفع بالتقادم** : وتطبق القواعد العامة في كل ما تقدم . والذي يمتينا
الوقوف عنده قليلا هو الرفع بالتقادم . فقد أدخل التقنين المدني الجديد تمديلا جوهرياً
في هذا الصدد . وبعد أن كانت دعوى الإثراء لا تتقدم إلا بخمس عشرة سنة ، صارت
الآن تتقدم أيضاً بثلاث سنوات على التفصيل الآتي :

نصت المادة ١٨٠ من التقنين الجديد على أنه « تسقط دعوى التعويض عن الإثراء
بلا سبب باقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض .
وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال باقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي
ينشأ فيه هذا الحق »^(١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ينشأ
المشروع في هذا النص تقادماً قصيراً مدته ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته
الخسارة بحقه في المطالبة بالرد أو بالتعويض ، ويقف على شخص من يلزم بذلك . وقد نص
على هذا التقادم التصير إلى جانب التقادم بالمدة الطويلة . ويبدأ سريانها من اليوم الذي
ينشأ فيه الالتزام »^(٢).

وقد جرى التقنين الجديد في هذه المسألة على عادته من إنشاء تقادم قصير لالتزام

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : وتسقط
بالتقادم دعوى التعويض عن الإثراء ... « بإضافة لفظ « بالتقادم » . وقد أقرتها لجنة المراجعة على
أصلها ، ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة
عليها مع حذف كلمة « بالتقادم » لأنها مفهومة من النص . ووافق مجلس الشيوخ على المادة بالصيغة التي
قدمتها له لجنة القانون المدني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٤ — ص ٤٤٥) .

التقنينات المدنية العربية : السوري م ١٨١ (مطابق) — الليبي م ١٨٣ (مطابق) — العراق
م ٢٤٤ (موافق) — اللبناني لمقابل .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٤ . واضر أيضاً المادة ٦٧ من قانون الالتزامات
السويسرى .

لا ينشأ من إرادة صاحبه . وقد رأينا أنه فعل ذلك في المسؤولية التصهيرية ، وسنراه يفعل ذلك أيضاً في دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة . ذلك أن الالتزام الذى ينشأ مستقلاً عن إرادة للتعلم متى علم به صاحبه لا يقيمه القانون المدة التى يبقى فيها التزاماً أنشأته إرادة للتعلم ، فالثانى دون الأول هو الذى ارتضاه المدين .

ويتبين من النص الذى قدمناه أن دعوى الإثراء بلا سبب تتقدم بأقصر المدين .
الآتيين :

(١) ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المفتقر بحقه فى التمييز . وهو لا يعلم بحقه فى التمييز إلا إذا علم ما أصابه من افتقار ترتب عليه إثراء الغير وعرف هذا الغير الذى أثرى على حسابه . فلا يبدأ سريان التقدم فى حالتنا هذه من يوم قيام الالتزام فى ذمة المثرى ، بل من اليوم الذى علم فيه المفتقر بافتقاره وبمن أثرى على حسابه . وبذلك يكون على بينة من أمره فيتدبر للوقف ، وينظر فى رفع الدعوى فى خلال هذه المدة .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . ويبدو لأول وهلة أن الدعوى تتقدم بالمدة الأولى القصيرة قبل تقدمها بهذه المدة الطويلة . وهذا صحيح فى السكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن يقع أحياناً أن المفتقر لا يعلم بافتقاره وبمن أثرى على حسابه إلا بعد مدة من يوم قيام الالتزام ، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة فإن الدعوى تتقدم باقتضاء المدة الطويلة — خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام — قبل تقدمها باقتضاء القصيرة . وهى ثلاث سنوات تبدأ بمداخضها أكثر من اثنتى عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . فلا تنقضى إلا بعد اقتضاء مدة الخمس عشرة سنة . وهذا ما قدره التقنين الجديد فاحتاط له . ولم يقل أن يورد المدة الطويلة إلى جانب المدة القصيرة لجعل الالتزام يتقدم بأسرعهما اقتضاء^(١) .

(١) أما بالنسبة إلى الالتزامات التى نشأت فى ظل القانون القديم ، وكان مصدرها الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة ، فيرجع فيما إذا كانت مدة التقدم القصيرة التى قررها التقنين الجديد التى تسرى إلى ما سبق أن قررناه فى هذا الشأن فى صدد التقدم فى جلال النقد وفى صدد التقدم فى العمل غير المشروع (أنظر آتياً فقرة ٣٢٣) .

٣٨ — الإثبات

(١) عبء الإثبات :

٧٩٥ — يقع عبء الإثبات على الدائن وهو المقتقر . فهو الذى يطلب منه إثبات قيام الالتزام فى ذمة المدين وهو المثرى^(١) .

فعلى المقتقر إذن أن يثبت أن هناك إثراء فى جانب المثرى ومقدار هذا الإثراء . ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا الإثراء بقى قائماً إلى يوم رفع الدعوى أو أن يكون قد زال ، وقد تقدم بيان ذلك .

وعليه أيضاً أن يثبت أن هناك افتقاراً فى جانبه ترتب عليه إثراء المثرى ومقدار هذا الافتقار .

وعليه أخيراً أن يثبت أن الإثراء ليس له سبب قانونى . إذ أن الإثراء يفرض فيه أن له سبباً قانونياً ، ولا يكلف المثرى إثبات هذا السبب . فإذا ادعى المقتقر ألا سبب للإثراء ف عليه هو أن يثبت ذلك . وهناك رأى مرجوح يذهب إلى أن المقتقر إذا أثبت افتقاره وإثراء الغير فانه يفرض ألا سبب للإثراء ، وإذا ادعى المثرى أن هناك سبباً قانونياً لإثرائه ف عليه هو أن يثبت ذلك^(٢) .

(١) استئناف مخطوط فى ٧ يومية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ س ٤٠٧ . [وانظر مارتى وريزو ج ٢ بند ٣٥٤ س ٣٢١ وحى باج ج ٣ بند ٤٢ س ٥٦] .

(٢) انظر فى هذه المسألة فرانسوا جوريه فى الإثراء على حساب النير باريس ١٩٤٩ س ٣١٦ — س ٣١٧ ، أما من الناحية العملية فإن وجود سبب للإثراء أو انعدام هذا السبب إنما يكون عن طريق فرائض قضائية متعاقبة تنقل عبء الإثبات من المقتقر إلى المثرى ثم من المثرى إلى المقتقر وهكذا . [ولذا كان سبب الإثراء الذى يدعى للمثرى وجوده تصرفاً قانونياً فإنه يخضع فى إثباته للقواعد العامة : مارتى وريزو المرجع السابق بند ٣٥٤ س ٣٢١ والمراجع التى أشار إليها — حى باج ج ٣ بند ٤٢ س ٥٦ — ٥٧] .

(ب) وسائل الإثبات :

٧٩٦ - ١١ كانت أركان دعوى الإثراء - الإثراء والافتقار وانعدام السبب كلها وقائع مادية ، فإنه يصح إثبات هذه الوقائع بجميع وسائل الإثبات ، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن .

فيجوز للمفتقر أن يثبت بالمعينة ويتقدير الخبراء وبشهادة الأطباء وبأقوال الشهود وبالقرائن الأركان الثلاثة التي يقع عليه عبء إثباتها .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الإثراء إذا كان سببه عقدًا تزيد قيمته على عشرة جنيهات فيجب إثبات العقد بالكتابة أو بما يقوم مقامها وفقًا لقواعد الإثبات المقررة في العقود^(١) . ولكن إذا كان العقد هو سبب الإثراء فإنه يغلب أن يكون قد انطوى على سبب قانوني لهذا الإثراء ، فلا تتوافر أركان القاعدة ، ولا يترتب في ذمة المثرى التزام .

§ ٤ - الحكم

(١) الظمن في الحكم بطريق التقض :

٧٩٧ - طريق الظمن في الحكم : لا يختلف الحكم الصادر في دعوى الإثراء عن سائر الأحكام من حيث طرق الظمن فيه . وطرق الظمن المادية هي الممارسة والاستئناف . والطرق غير المادية للظمن هي التماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذي يتعدى إليه الحكم والتقض .

ويعتبر هنا طريق الطعن بالنقض ، فنرس الخطوط الرئيسية لما يعتبر في قاعدة الإثراء من القانون فيخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر من الواقع فلا يخضع لهذه الرقابة .
ونتناول — كما فعلنا في المسؤولية التصيرية — أركان قاعدة الإثراء الثلاثة : الإثراء والافتقار وانعدام السبب القانوني .

٧٩٨ — **أوراء :** لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التي يقدمها المدعي لإثبات ركن الإثراء ، ما صح عندها من ذلك وما لم يصح .
أما التكييف القانوني لما صح عندها وقوعه ، وهل هو يعتبر إثراء ، وهل هذا الإثراء إيجابى أو سلبى ، مباشر أو غير مباشر ، مادى أو معنوى ، وهل يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى أو أن ذلك غير واجب ، فكل هذا من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض . وتقدير مدى الإثراء وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع لمحكمة الموضوع فيه القول الأخير لاتعقب عليه محكمة النقض .

٧٩٩ — **أوفتقار :** ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الافتقار . ولكن تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية المرجع الأخير فيه إلى محكمة النقض . ويخضع لرقابتها اعتبار ما صح عند محكمة الموضوع من الوقائع افتقاراً وهل هو افتقار إيجابى أو سلبى مباشر أو غير مباشر ، مادى أو معنوى ، ووجوب قيام السببية المباشرة ما بين الإثراء والافتقار هو من مسائل القانون ، أما قيامها فعلا في حالة بالذات فسالة واقع ينظر فيها إلى كل حالة على حدة ، وتقدر بملابساتها وظروفها كما سبق القول ، وتقدير مدى الافتقار وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع كما في تقدير مدى الإثراء وتقويمه بالمال .

٨٠٠ — **انعدام السبب :** ويعتبر من مسائل القانون — ومن مسائله الدقيقة — تحديد معنى السبب ومتى يكون القانون أو المقدسبباً قانونياً للإثراء .

كذلك القول بأن دعوى الإثراء دعوى أصلية لا دعوى احتياطية هو من مسائل القانون .

ويمكن القول بوجه عام — هنا كما في المسؤولية التقصيرية — أن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الأركان الثلاثة لدعوى الإثراء لا تعقب عليه محكمة النقص . أما التكييف القانوني لهذه الوقائع ، ويدخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فإنه يعتبر من المسائل القانونية التي تكون فيه محكمة النقص هي المرجع الأعلى .

(ب) الآثار التي تترتب على الحكم :

٨٠١ — الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض : الحكم في دعوى الإثراء ، كالحكم في دعوى المسؤولية التقصيرية ، ليس هو مصدر حق الفتقر في التعويض ، ولكنه يقوم هذا الحق ويقويه . فالحكم ليس إلا مقررراً لهذا الحق ، لا منشئاً له . وحق الفتقر في التعويض إنما نشأ من واقعة مادية ، هي واقعة الإثراء المترتبة على واقعة الافتقار دون أن يكون لذلك سبب قانوني وبمجرد أن يتحقق سبب الالتزام يترتب الالتزام في ذمة المدين . ومن ذلك نستخلص النتائج الآتية :

(١) تحديد مدى التزام الثري — أي تحديد قيمة الإثراء وقيمة الافتقار لإعطاء الفتقر أقل القيمتين — تكون العبرة فيه في الأصل بوقت قيام الالتزام لا بوقت رفع الدعوى ولا بوقت صدور الحكم . وهذا هو ماقرره في تحديد قيمة الإثراء . أما قيمة الافتقار فهناك اعتبارات تجعلنا ننظر في تحديدها إلى وقت صدور الحكم ، وسنبين ذلك فيما يلي .

(٢) لما كان حق الفتقر ينشأ من وقت وقوع الإثراء لا من وقت صدور الحكم ولا من وقت رفع الدعوى ، فإن له أن يتقاضى إلى جانب حقه في التعويض الأصلي تعويضاً عن

التأخير . ولكن هذا الحق في التعويض عن التأخير يتوقف على الإعذار^(١) ، لأن المادة ٢١٨ تقضى بأنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار للدين^(٢) .

(٣) يجوز للمفتقر — وقد ثبت حقه منذ وقوع الإثراء — أن يتصرف في هذا الحق دون انتظار الحكم بل وقبل رفع الدعوى . فله منذ ثبوت حقه أن يحوله إلى الغير ، ولهذا إن المفتقر أن يوقع حجزاً على هذا الحق تحت يد المثرى ، كما أن للمفتقر أن يوقع حجزاً تحت يد مدين المثرى منذ ثبوت حقه . وإذا أفلس المثرى بعد وقوع الإثراء وقبل صدور الحكم دخل المفتقر في التفليس مع سائر الدائنين .

(٤) يسرى التقادم — ومدته ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما قلنا — منذ وقوع الإثراء وعلم المفتقر به وبالمثرى أو منذ وقوع الإثراء على حسب الأحوال ، لأن الحق في التعويض قد وجد . ولا يتأخر سريان التقادم إلى وقت صدور الحكم ، بل إن صدور الحكم من شأنه أن يقيم تقادماً من نوع جديد محل التقادم القديم على ماسرى .

٨٠٢ — الحكم يقوم الحق في التعويض ويقره : وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض ، إلا أنه هو الذي يقوم هذا الحق ، ويتلب أن يقوم به مبلغ معين من النقود .

والحكم لا يقتصر على تقويم الحق ، بل هو يقويه أيضاً كما رأينا في الحكم الصادر في المسؤولية التقصيرية . فهو يجعل الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم (م ٣٨٥ فقرة ٢) . ومتى أصبح الحكم واجب التنفيذ فإنه يميز

(١) وهذا بخلاف الوكالة (م ٧١٠) والفضالة (م ١٩٥) ، فالوكيل والفضولي يتقاضيان التوائد من وقت الاتفاق .

(٢) وليست حالة الإثراء من الحالات التي لا ضرورة فيها للاعذار (انظر م ٢٢٠) . فيجب إذن أن يقرر الضرر المثرى وأن يطالب في الإعذار بتعويض عن التأخير . ويجب عليه أن يثبت أنه قد أساءه ضرر من التأخير لأن الضرر شرط التعويض . ولا محل هنا لتطبيق النص الخامس بمر القائمة (م ٢٢٦) ولا لتطبيق النص الخامس بضم اشتراط إثبات الضرر (م ٢٢٨) لأن مجال تطبيق هذين النصين مقصور على ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المتعار وقت الطلب (م ٢٢٦) . انظر في هذا الموضوع فراسواجوريه ص ٣١٣ .

للمفتقر أن يحصل على حق اختصاص بمقارات مدينه ضامناً لأصل الدين والقوائد
والمصرفات (م ١٠٨٥) ، كما يجزله أن ينفذ على أموال المدين بجميع الطرق التي عينها
القانون للتنفيذ .

المبحث الثاني

الجزء أو التعويض

٨٠٣ — التعويض هو أقل قيمتي الافتقار والإثراء : رأينا أن المادة ١٧٩ تنص على
أن المثرى دون سبب قانوني على حساب شخص آخر « يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض
هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد » .
وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يلتزم المثرى
بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى . فهو يلتزم برد أقل القيمتين : قيمة
ما أثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن^(١) .

فالتعويض إذن هو أقل قيمتي الافتقار والإثراء . ولا يمكن أن يكون إلا ذلك . فإن
المثرى قد أثرى على حساب المفتقر . فالتعويض لا يجوز من جهة أن يزيد على خسارة المفتقر
حتى لو كان إثراء المثرى يزيد على هذه الخسارة ، لأن المفتقر لا يحق له أن يتقاضى تعويضاً
يزيد على خسارته ، وإلا لكان هو بدوره مثرىاً على حساب المثرى دون سبب ،
ولا يجوز أن يزيد التعويض من جهة أخرى على إثراء المثرى حتى لو كانت خسارة المفتقر
تزيد على هذا الإثراء ، لأننا لا نحاسب المثرى على خطأ ارتكبه فنلزمه بتعويض الخسارة
كامله ، وإنما نحاسبه على ما وقع في يده من كسب فلا يجوز أن يرد أكثر مما كسبه ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٢ — وانظر مارك وريتو ج ٢ بند ٣٥٥ ص ٣٢٢ —
دي باج ج ٣ بند ٤٤ ص ٥٨ وما بعدها وبخاصة بند ٤٧ ص ٦٠ حيث يرى في تعويض المفتقر بأقل
القيمتين دليلاً على الصفة الاحيالية لدعوى الإثراء — وانظر أيضاً ييدان ج ٩ مكرر بند ١٧٥٨ وبند
١٧١٦ قبله .

- ولو أنه رد أكثر مما كسب لكان هو بدوره مفتقراً لمصلحة المفتقر دون سبب^(١) .
- ونستعرض هنا مسائل ثلاثاً : (١) كيف يقدر الإثراء . (٢) كيف يقدر الافتقار .
- (٣) ما يقترن به التمييز - وهو أقل هاتين القيمتين - من ضمانات .

§ ١ - كيف يقدر الإثراء

- ٨٠٤ - اعتبارات نراعى في تقدير الإثراء : يراعى في تقويم الإثراء أن يكون تقديره وقت وقوعه كما قلنا لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم مع مراعاة ما سبقت الإشارة إليه من إضافة تمييز عن التأخير على النحو الذى فصلناه .
- ويراعى كذلك أن يخص من قيمة الإثراء ماعسى أن يكون للثرى قد تكلفه من

(١) أما في استرداد ما دفع دون حق وفي القضاة فإن التمييز لا يقتصر على أقل القيمتين لأن المفتقر في هاتين الحالتين أجدر بالرعاية من المفتقر في دعوى الإثراء بلا سبب .

ونلاحظ في هذه المناسبة أن الحالات التي طبقت فيها قاعدة الإثراء بلا سبب تطبيقاً تشريعياً - ونخص منها حالة البناء في أرض الغير (م ٩٢٤ - م ٩٢٥) وحالة المصروفات النافعة (م ٩٨٠) فقرة ثانية) - ألزم المشرع فيها أن يكون التمييز هو أقل القيمتين إذا كان المفتقر حسن النية . فالباقي في أرض الغير بحسن نية إذا ترك البناء في الأرض فإن صاحب الأرض غير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل (وهذه هي قيمة الافتقار) أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء (وهذه هي قيمة الإثراء) . وكذلك الحال فيمن أتى بمصروفات نافعة في ملك الغير بحسن نية . أما إذا بيى الشفيع في الضمان المشفوع وهو حسن النية (أى قبل إعلان الرغبة في الشفعة) كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذى أتى به (وهذه هي قيمة الافتقار) أو مقدار ما زاد في قيمة الضمان بسبب البناء أو التراس (وهذه هي قيمة الإثراء) ، ولا كان المشتري هنا هو الذى يختار فهو سيختار طبعاً أعلى قيمتي الافتقار والإثراء ، وفي هذا خروج على القاعدة . أنصف إلى ذلك أن المفتقر إذا كان سيء النية في حالة البناء في أرض الغير وفي حالة المصروفات النافعة وفي حالة الشفعة إذا بيى بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، فإنه لا توجد قاعدة واحدة تسرى على التزام الثرى بالتمييز ، فإنه يدفع في الحالتين الأوليين قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض ، وفي الحالة الثالثة قيمة أدوات البناء وأجرة العمل . ومن ثم نرى أن هذه التطبيقات التشريعية لقاعدة الإثراء على حساب الغير لم تلتزم حدود القاعدة . وقد قلنا أن النصوص التشريعية التي وردت في هذه الحالات هي التي يجب تطبيقها ولو خالفت القاعدة العامة . وفي هذا نرى قصور قاعدة الإثراء عن أن تشمل تطبيقاتها المتنوعة ، فهي لا تزال سائرة في طريق التطور .

مصرفات لجلب هذا الإثراء لنفسه^(١).

ويراعى أخيراً في التقدير ألا فرق ما بين أن يكون للثري حسن النية أو سيئها ، فالإثراء للثري لا شأن له بنيتة وإنما يقوم هذا الالتزام على واقعة الإثراء في ذاتها .

ونستعرض لتطبيق هذه المبادئ حالتين : (١) حالة ما إذا كان الإثراء ملكية وانتقلت إلى ذمة الثري . (٢) وحالة ما إذا كان منفعة أو خدمة أو عملاً أو إثراء سلبياً .

(١) الإثراء ملكية انتقلت إلى ذمة للثري^(٢) :

٨٠٥ - قد يكون الإثراء قدماً داخل في ذمة للثري أو تحصيلات استحدثها المقتدر في مال للثري .

٨٠٦ - هل يجوز أنه يكون الإثراء عيناً تنبغي في طلبية المقتدر ؟ أما أن يكون الإثراء عيناً معينة بالذات تبقى على ملك المقتدر ولا تدخل في ملك للثري — كما يذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء^(٣) — فلا نرى أن تكون حالة من حالات الإثراء ، إذ العين لم تدخل في ملك للثري ولم تخرج من ملك للمقتدر ، فليس هناك إثراء ولا افتقار ، بل هي عين مملوكة لشخص انتقلت إلى حيازة شخص آخر ، وللمالك أن يستردها من الحائز بدعوى استحقاق لا بدعوى الإثراء بلا سبب^(٤) .

(١) انظر دي باج ج ٣ بند ٤٧ ص ٦١ — مارتو وريشو ج ٧ بند ٣٥٠ ص ٣١٤ .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن بناء المسجد من ربح أعيان الوقت التي خلفه المورث فذاً لو صيحه ، لا يعتبر إثراء بالنسبة لوزارة الأوقاف ، إذ لا يمكن اعتبار المسجد ثروة طادت على الوقت ، إذ هو بناء خارج عن دائرة التعامل : قضى مدني في ١٦ من نوفمبر سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض السنة الثانية ص ٤٣ رقم ٨] .

(٣) انظر فرانسوا جوريه ص ٣١٤ ومارغان ص ١٥٠ .

(٤) ونحن نؤثر هذا التكييف على القول بأن هناك إثراء وافتقاراً ولكن دعوى الإثراء تحجبها دعوى الاستحقاق ، فنحن لا نقول بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء (انظر من أنصار الرأي التي تنقده فرانسوا جوريه ص ٣١٥ — ص ٣١٦) — ويرى دي باج أن الرد يكون عيناً حيث يتسنى ذلك : دي باج ج ٣ ص ٥٩ بند ٤٦] .

٧٠٨ — المراء نقد دخل في ذمة المرى : إذا كان الإثراء نقداً دخل في ذمة المرى ، كما إذا استولى هذا على مبلغ من النقود مملوك للمفتقر سواء كان في هذا الاستيلاء حسن النية أو سيئها^(١) . فإن قيمة الإثراء هو مبلغ هذا النقد ، وينظر فيه إلى قدره العددي ارتفع سعر النقد أو انخفض . أما الفوائد فلا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية مادام مبلغ النقد المطلوب استرداده بدعوى الإثراء معلوم المقدار وقت الطلب^(٢) . يلاحظ أن المرى إذا كان غير كامل الأهلية فلا يكون إثراء بالنسبة إليه ما أضاعه من هذا النقد في غير منفعة .

٨٠٨ — المراء تحصيلات استعملتها المضر في مال المرى : تقدر قيمة هذه التحصيلات بما زاد في مال المرى بسببها وقت الاستحداث ، لا بما أنفقته المضر في استحداثها لأن هذه هي قيمة الإفتقار لقيمة الإثراء . مثل ذلك أعمال الترميمات^(٣) . وتوريد المواد اللازمة لهذه الأعمال^(٤) . وبناء طبقات جديدة^(٥) .

(ب) الإثراء منفعة أو خدمة أو عمل أو إثراء سلبي :

٨٠٩ — المراء : قد يكون الإثراء منفعة حصل عليها المرى كالمساكن منزلا

(١) انظر دى باج ج ٣ بند ٤٤ ص ٥٨ وبند ٥٠ ص ٦٣ — وهو يقرر أنه لا أثر لحسن النية أو سوءها في الالتزام بالرد لأنه الزام قانوني لا عمل فيه لإعفاء المرى حسن النية — وإنما يؤثر سوء النية على مقدار الترميم وعلى تاريخ استحقاق الفوائد عنه وعلى المسؤولية عن الهلاك إذا كان عمل الالتزام بالرد عيناً معينة .

(٢) انظر في هذا المسمى عمكة الاستئناف المختلطة في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ — عمكة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جلزيت ٧ ص ٩٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

(٤) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ .

(٥) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩١٥ جلزيت ٥ ص ١٥٦ — ويشترط أن تكون التحصيلات ضرورية أو نافعة ولا يكفي أن تكون كائنة (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢٢) ، وأن تكون المصروفات أقيمت على العين مباشرة (عمكة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ٦ يناير سنة ١٩١٧ جلزيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥) .

دون عقد إيجار^(١) . وكألو استهلك نوراً أو ماء عن طريق أسلاك أو مواسير خفية^(٢) فتقوم المنفعة بأجرة المثل للنزل أو بثمان النور والماء وفقاً للسعر الذى حددته شركة النور أو شركة الماء . ولا عبرة بأن يكون المثرى حسن النية أو سيئها ، ولا بأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى^(٣) .

٨١٠ - **الاثراء غدره أو عمل** : وقد يكون الإثراء خلسة أو عملاً قدمه المفقر إلى المثرى . مثل ذلك النسابة الذى يكشف عن إرث خفي ، والموظف الفنى الذى يجد اختراعاً يقيده منه رب العمل ، والسمسار الذى يقرب ما بين البائع والمشتري ولكنهما بمقدان الصفقة دون وساطته ، والمهندس الذى يضع تصميماً ينتفع به رب العمل . ففي كل هذه الأحوال تقوم الفائدة التى عادت على المثرى من وراء هذه الخدمة أو هذا العمل . فالنسابة جعل الوارث يثرى بقدر الإرث لوتبين من الظروف أن الوارث ما كان يستطيع وحده أن يكشفه . ورب العمل يثرى بقدر ما أصاب من نفع بفضل اختراع الموظف الفنى . وكل من البائع والمشتري يثرى بقدر ما عادت عليه الصفقة من فائدة . ورب العمل الذى انتفع من تصميم المهندس يثرى بقدر ما كان يدفع للمهندس من أجر على عمله . ولا ضرورة في كل هذه الأحوال لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى .

٨١١ - **الاثراء سلبى** : وقد يكون الإثراء سلبياً ، كما لو دفع شخص ديناً على آخر ، أو قدم النفقة لزوجته تجب لها النفقة على زوجها ، أو أتلف متاعاً له لينتقد منزل

(١) استئناف مخطوط ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٣٣٨ .

(٢) استئناف مخطوط ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ١٧٠ - هذا وقد يعتبر النور والماء منفعة تستغل من الأسلاك والمواسير ، والأولى أن يعتبرها مالا قائماً بذاته استهلكه المثرى فدخل في ذمته ، فيكون مثل النور والماء مثل الإثراء لا عن طريق منفعة استهلك بل عن طريق هلكة انتقلت إلى ذمة المثرى .

(٣) وفي هذه الأمثلة التى قمنا بها على الإثراء عن طريق المنفعة نرى أن الإثراء لا يكون بالضرورة قائماً وقت الدعوى لأن المنفعة قد استهلكت قبل ذلك .

جاءه من الحريق . ففي هذه الأحوال يكون المدين قد أثرى بقدر الدين الذى دفعه عند
المفقر ، والزوج بقدر النفقة التى كانت واجبة عليه ، والجار بقدر ما أو شك من ماله أن
يحترق ^(١) . ولا عبرة هنا أيضاً بقيام الإثراء وقت رفع الدعوى .

§ ٢ — كيف يقدر الافتقار

(١) تقدير مدى الافتقار :

٨١٢ — ويقدر مدى الافتقار على النحو الذى يقدر به مدى الإثراء . فإذا كان
الافتقار نقداً فإن مدى الافتقار هو عين مدى الإثراء ، ذلك أن مقدار النقد الذى دخل
فى ذمة المثرى هو عين مقدار النقد الذى خرج من مال المفقر . ويكون التمويض هو
هذا المبلغ وفوائده على النحو الذى يبينه عند ما يكون الإثراء نقداً دخل فى ذمة المثرى .

وإذا كان الافتقار تحسينات استحدثها المفقر ، قدر مدام بما أنفقته المفقر فى استحداثها ،
ويعطى أقل التيمتين : ما أنفقته فى استحداث التحسينات وهذا هو مدى الافتقار ، وما زاد
فى مال المثرى بسبب هذه التحسينات وهذا هو مدى الإثراء .

وإذا كان الافتقار منفعة استهلكها المثرى ، فيقلب أن يكون للافتقار والإثراء
مدى واحد هو أجر هذه المنفعة ، فيعطى للمفقر قيمة هذا الأجر تمويصاً .

وإذا كان الافتقار خدمة أو عملاً أداها المفقر للمثرى ، فإن كان المفقر محترفاً كالحامى
والموظف النى والسمسار قدر افتقاره بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل . أما إذا لم يكن

(١) وقد قضت محكمة المصورة الجزئية المختلطة فى هذا المعنى بأن ادائن الذى حجز على مال مدته يجوز
له أن يطالب بدعوى الإثراء أجنبياً انتفع من بيع هذه الأموال المحجوزة يماً ادارياً للوفاء بضريبة كانت فى
ذمته . ثم أضافت المحكمة أن دعوى الإثراء لا يبنى لما عمل إذا كان هذا الأجنبى قد خصم مبلغاً يساوى
المبلغ الذى انتفع به فى سداد الضريبة من دين له فى ذمة شخص كان يعتقد أن الأموال المحجوزة مملوكة له
(محكمة المصورة الجزئية المختلطة فى ١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٧) .

محترفاً فإن افتقاره يقدر بما تجشمه من نفقات وما فاته من ربح معقول بسبب قيامه بهذه الخدمة أو العمل .

ويلاحظ في كل ما قدمنا أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء ، وأن يكون الافتقار لا مقابل له ، فإن كان له مقابل بأن يكون المفقّر قد جلب منفعة لنفسه من وراء هذا الافتقار فإن دعوى الإثراء لا تقوم . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(ب) وقت تقدير الافتقار :

٨١٣ - بقي أمر هام هو الوقت الذي يقدر فيه الافتقار . ويجب القول هنا أن الافتقار لا يقدر وقت تحققه كما هو الأمر في تقدير الإثراء ، ولا وقت رفع الدعوى ، بل وقت صدور الحكم^(١) . ذلك أن الافتقار في دعوى الإثراء يقابل الضرر في دعوى المسؤولية التقصيرية . وقد رأينا في المسؤولية التقصيرية أن الضرر إذا كان قد تغير منذ وقوعه فاشتد أو خف ، فإن المبرة في تقديره تكون بيوم صدور الحكم .

وحقّي نقارب ما بين الافتقار في دعوى الإثراء والضرر في دعوى المسؤولية التقصيرية من حيث تقدير كل منهما وقت صدور الحكم فنرض أن المفقّر وهو ينقذ منزل جاره من الحريق أصيب بحروق هي مدى افتقاره ويراد تقويمها . فإن كانت الإصابة قد اشتدت وانقلبت إلى عاهة مستديمة وقت صدور الحكم فلا شك في أن القاضي يدخل ذلك في حسابه عند تقدير الافتقار . كذلك لو خفت الإصابة وأصبحت أقل خطراً حسب القاضي مدى الافتقار مراعيّاً ما طرأ على الإصابة من تحسن . وهذا هو عين ما قدمناه في تقدير الضرر في دعوى المسؤولية التقصيرية .

(١) [انظر أنور سلطان فقرة ٥٩٥ ص ٥٥٩ وقلارن أحد شمت أبو ستيت فقرة ٨٧ ص ٥٤١ وسليمان مرقس فقرة ٥٥٠ ص ٧٥٤ وعبد النعم فرج الصدة فقرة ٥٥٧ ص ٦٠٣ حيث يرون أن الافتقار لا يختلف في طبيعته عن الإثراء فالأول يخرج من مال للمفقّر والثاني يدخل في مال المثرى وبذلك يتحدد مقدار كل منهما وقت وقوعه ومن ثم تسمح طبيعة كل منهما بأن يقدر تقديرهما نهائياً وقت تحققه لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم] .

ويمكن تعليل هذا الفرق في الوقت الذى يقدر فيه الافتقار والوقت الذى يقدر فيه الإثراء بالاعتبار الآتى :

أن طبيعة الإثراء تسمح بتقديره تقديراً نهائياً وقت وقوعه ، فهو يدخل فى مال المثرى ويصبح جزءاً منه فيحدد بذلك مقداره . ولذلك تكون العبرة فى تقديره بوقت تحققه . والمثرى ، وقد أصبح مالكا له ، يتحمل غرمه ويكسب غنمه ، فى نقصه أو فى زيادته . أما الافتقار فكالضرر لانسمح طبيعته بأن يقدر تقديراً نهائياً إلا وقت صدور الحكم . ذلك لأنه يخرج من مال للفقر على وجه غير محقق . ولاستطاع أن يعرف على وجه التحقيق مقدار ما خرج من مال للفقر مادام الافتقار قابلاً للتغير إلا فى الوقت الذى ينقطع فيه تغيره ويصبح قيمة ثابتة . وآخر وقت ممكن لذلك هو وقت صدور الحكم . وحتى بعد صدور الحكم قد يبقى الافتقار قابلاً للتغير ، ولكن قوة الشيء المقضى هى التى تجعل تقدير الافتقار نهائياً لا تجوز مراجعته .

§ ٣ - ما يقترن بالتמיض من ضمانات

٨١٤ - التميض دين شخصى لا امتياز له : إذا حدد التميض الواجب للمفقر ، وهو أقل قيمتى الإثراء والافتقار ، كان هذا ديناً له فى ذمة المثرى . وهو دين شخصى لا امتياز له ، لأن الامتياز لا يثبت إلا بنص فى القانون . فيتحمل للفقر فى مال المثرى مزاحمة سائر الدائنين حتى فى القيمة التى زادت فى مال المثرى بسبب افتقار المفقر .

٨١٥ - الحق فى الحبس : وقد يثبت فى بعض الأحوال للمفقر الحق فى حبس مال المثرى حتى يستوفى حقه من التميض ، وذلك إذا كانت قيمة الإثراء التى أحدها موضوعية فى حيازته ، فله الحق فى حبسها حتى يستوفى التميض الذى له عند المثرى تطبيقاً لنص المادة ٢٤٦ . مثل ذلك أن يستحدث المفقر تحصيلات فى أرض المثرى ، فله أن يحبس الأرض حتى يستوفى حقه من التميض .

الفصل الثاني

دفع غير المستحق — الفضالة

٨١٦ — صورتان متميزتان من صور الإثراء بسبب : للإثراء بلا سبب صورتان متميزتان عن سائر صورهما دفع غير المستحق والفضالة .

أما إن دفع غير المستحق هو صورة متميزة من صور الإثراء فلأن المفتقر هنا يدفع ديناً ليس واجباً عليه ولكنه يعتقد أنه ملزم بدفعه ، فيرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء . في صورتها العادية ، أو يرجع على الدائن الذي دفع له الدين بدعوى غير المستحق وهذه هي الصورة المتميزة لدعوى الإثراء . ذلك أن الدائن الذي استوفى حقه قد أترى بسبب قانوني هو الوفاء . ولما كان المفتقر قد وفى الدين عن غلط فإنه يستطيع أن يبطل الوفاء للغلط ، فيزول السبب القانوني للإثراء ، ويصبح إثراء الدائن دون سبب ، فيسترد المفتقر منه ما دفعه . ونرى من ذلك أن دفع غير المستحق هو إثراء كان له سبب . ثم انتهى إلى أن يكون بغير سبب^(١) .

ولما أن الفضالة هي أيضاً صورة متميزة من صور الإثراء ، فذلك أن الفضولي وهو يفتقر لىثرى غيره قد فعل ذلك متفضلاً ، عن عمد ، فكان أحق بالرعاية من المفتقر الذى لا يعتمد التفضل هذا ولهذا كانت حقوق الفضولي قبل المثرى وهو رب العمل أوسع مدى من حقوق المفتقر في دعوى الإثراء .

وتكلم الآن في كل من هاتين الصورتين :

(١) انظر عكة استئناف مصر في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١/١٤٠ ص ٣٤٠ — المجامعة ٩ رقم ٥٣٥ ص ٩٨٩ . وقارن عكة الاستئناف المختلطة في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٣ .

الفصل الأول

دفع غير المستحق^(*)

(Païement de l'indû)

٨١٧ — قدمنا أن دفع غير المستحق يرتب للدافع في ذمة المدفوع له التزاماً برد ما أخذ دون حق . وتتناول هذا الالتزام في أركانه ثم في أحكامه .

المبحث الأول

أركان دفع غير المستحق

٨١٨ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٨١ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

« ١ — كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده . »

« ٢ — على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، إلا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء . »

ونصت المادة ١٨٢ على ما يأتي :

(*) المراجع : دى هلنس الجزء الثانى Exécution-Païement — هالتون الجزء الأول — والتون الجزء الثانى — عبد السلام ذهني في الالتزامات — محمد وهبة في الالتزامات — محمد صالح في أصول التصديقات — الموجز في الالتزامات المؤلف [أحمد حشمت أبو ستيت في مصادر الالتزام فقرة من ٥٨٩ — ٦٠٨ — عبد الحى حجازى في مصادر الالتزام — محمد كامل مرسى في مصادر غير العقيدية — أنور سلطان في مصادر الالتزام فقرة من ٥٩٧ — ٦٢٠ — سليمان مرقس في مصادر الالتزام فقرة من ٥٥٢ — ٥٨٠ — عبد النعم فرج الصدة في مصادر الالتزام من ٥٥٩ — ٥٧٧ — على العريف : رسالة من جرينويل سنة ١٩٥٣] — بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع — ديموج الجزء الثالث — أوربري ورو الطبعة الخامسة الجزء السادس — بلانيول وريبير وبولانيجه الجزء الثانى — كولان وكايتنان الجزء الثانى — جوسران الجزء الثانى . [وانظر أيضاً ييدان ٩ مكرس ٣٣٧ بند ١٧١٧ وما بعده — دى باج ٣ ص ٧ بند ١ وما بعده — مارتى وريثو ج ٢ ص ٦٥٥ بند ٦٢٣ وما بعده] .

« يصبح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سببه أو للالتزام زال سببه بعد أن تحقق » .

ونصت المادة ١٨٣ على ما يأتي :

١ — يصبح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل » .

٢ — على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء للمحل في حدود ما لحق للمدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقى عن اللدة الباقية لحلول الأجل » ^(١) .

وبقابل هذه النصوص في القانون المدني القديم نص واحد هو نص السادتين . ٢٠٦/١٤٥ ، ويقضى بما يأتي :

(١) تاريخ النصوص — م ١٨١ : ورد هذا النص في المادة ٢٥٠ من المشروع التمهيدى — وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٦ في المشروع التهانى — ووافق عليه مجلس النواب ، بعد استبدال كلمة « التسليم » بكلمة « الدفع » في آخر الفقرة الثانية ، تحت رقم ١٨٦ . ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، بعد الاستعاضة عن كلمة « التسليم » بكلمة « الوفاء » في آخر الفقرة الثانية في هذه المادة وفي المواد التالية ، وأصبح رقم المادة ١٨١ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ : ٤٤٦ — ص ٤٤٧) .

م ١٨٢ : ورد هذا النص في المادة ٢٥١ من المشروع التمهيدى — وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٧ في المشروع التهانى — ووافق عليه مجلس النواب ، بعد استبدال كلمة « التسليم » بكلمة « الدفع » ، تحت رقم ١٨٧ — ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على أن تستبدل عبارة « إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام » بعبارة « إذا كان التسليم قد تم وفاء للالتزام » ، وأصبح رقم المادة ١٨٢ — ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ : ٤٥٨ — ص ٤٥٠) .

م ١٨٣ (انظر تاريخ النص فيما يلى) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في النظرة العامة لهذه النصوص ما يأتي : « وقد فصل المشروع الأحكام المتعلقة برد غير المستحق تفصيلاً كافياً — ضمن نطاق تطبيق القاعدة العامة ، وأفرد نصاً خاصاً برد غير المستحق في أحوال الوفاء ممن لا تتوافر له الأهلية ، أو ممن يقع تحت سلطان إكراه ، وكذلك في أحوال الوفاء بالالتزام لم يتحقق سببه ، أو زال سببه بعد تحققه . وواجه من ناحية أخرى حالة الرد عند الوفاء قبل حلول أجل الدين ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ : ٤٣٩) .

التقنينات المدنية العربية : السورى م ١٨٢ — ١٨٣ (مطابق) — الليبي م ١٨٤ — ١٨٥ (مطابق) — العراق م ٢٣٣/١ و م ٢٣٦ — ٢٣٩ (مقارب) — اللبناني ١٤٣ رقم ١٤٥ (موافق) .

» من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن هناك حالتين لدفع غير المستحق :

(١) الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر .

(٢) الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق .

ونبحث كلا من هاتين الحالتين ، ثم نكيف في ضوء هذا البحث الالتزام برد ما أخذ دون حق .

المطلب الأول

حالات دفع غير المستحق

§ ١ — الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر

٨١٩ — ركنانه : تقوم هذه الحالة على ركنين : (١) دين غير مستحق وقت الوفاء به . (٢) عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال .

الركن الأول — دين غير مستحق وقت الوفاء به :

٨٢٠ — أسباب تهمة لعزم استحقاق الدين : يجوز أن يقوم شخص بوفاء دين لم يكن مترتباً في ذمته وقت الوفاء . ويرجع ذلك إلى أحد الأسباب الثلاثة الآتية :
(١) الدين منعدم من الأصل (٢) الدين مؤجل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق (٣) الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به .

٨٢١ — (١) الدين منعدم من الأصل : يكون الدين منعدمًا من الأصل إذا لم يكن له وجود أصلاً في وقت من الأوقات . مثل ذلك وارث يدفع ديناً ظن أنه على التركة ويتضح بعد ذلك ألا وجود لهذا الدين ، أو وارث ينفذ وصية لمورثه ويتضح بعد ذلك أن الموصى قد عدل عن الوصية قبل موته ، أو شخص أصاب الغير بضرر فظن نفسه

مستولاً فدفع التعويض ثم اتضح بعد ذلك أن أركان المسؤولية لم تتوافر^(١).

كذلك يكون الدين منعدماً من الأصل إما بالنسبة إلى الدافع وإما بالنسبة إلى المدفوع له . فهو منعدم بالنسبة إلى الدافع إذا كان له وجود ولكنه في ذمة غير الدافع ، فيكون الدافع قد دفع دين غيره ظاناً أنه يدفع دين نفسه^(٢) . وهو منعدم بالنسبة إلى المدفوع له إذا كان مرتباً في ذمة الدافع ولكن هذا دفعه لغير اللائن .

ويكون الدين أخيراً منعدماً من الأصل إذا كان مصدره عقداً باطلاً أي كان سبب البطلان^(٣) ، أو كان الدين ليس ديناً مدنياً (obligation civile) بل ديناً طبيعياً

(١) هذا ما لم يكن المشول قد صالح المضرور على مبلغ معين ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يسترده ، حتى لو ظهر أن أركان المسؤولية لم تتوافر . ويعتبر الدين لا وجود له أصلاً إذا دفع المدين أكثر مما هو واجب عليه . فإزاد على الدين يكون غير مستحق (استئناف مختلط في ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للدعاكم المختلطة ٨ ص ٢٤ — وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) . ويعتبر الدين كذلك لا وجود له أصلاً إذا تقاضى شريك أرباحاً لا يستحقها من الشركة (استئناف مختلط في ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٦ ص ٢٣٠) ، أو تناقض مصلحة الضرائب من أحد المولين ضريبة لا تستحقها أو أكثر مما تستحق (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٨١ ص ٢٠٨) .

(٢) أما إذا دفع دين غيره وهو عالم بذلك فلا يجوز له أن يسترد ما دفع ، ويكون دفعه للدين ميراثاً لئمة المدين ، وله أن يرجع عليه لا على اللائن بدعوى الإثراء بلا سبب (استئناف مختلط في ٧ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٥) .

(٣) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «... إذا أثبت عدم تحقق سبب الدين الذى أداه إطلاقاً : كما إذا كان الوارث قد وفى بدين لم يكن مورثه ملتزماً به ، أو كما إذا قام أحد المتعاقدين في عقد مطلق البطلان بالوفاء بالتزامه ، أو كما إذا قام شخص بالوفاء بتعويض عن حادث اعتقد خطأ أنه يسأل عنه » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤٤٩) .

أما إذا كان القدر قابلاً للإبطال ، فإن دفع المدين الدين عن غلط ثم أجّل القدر استرد ما دفع ، وهذه هي إحدى صور الحالة الثانية من دفع غير المستحق وهي حالة الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق . وإذا دفع المدين الدين وهو على بينة من قابلية القدر للإبطال اعتبر الدفع لإجازة للقدر ، فلا يجوز للمدين أن يسترد ما دفع .

(obligation naturelle) لا جبر في تنفيذه (م ١٩٩ فقرة ٢) ^(١).

٨٢٢ — (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لا يستحق : وقد يكون للدين وجود ويكون مؤمل الاستحقاق ، ولكنه لم يستحق . وتقول المادة ١٨٢ في هذا الشأن إنه « يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه » ^(٣) . فالدين المعلق على شرط واقف إذا دفع ، سواء دفع قبل تحقق الشرط أو بعد تخلفه ، يكون دفعه دفعاً لدين لم يستحق . يستوى في ذلك كما قلنا أن يكون الدفع قبل تحقق الشرط أى في وقت لم يثبت فيه ما إذا كان الدين مستحق ، أو بعد تخلف الشرط أى في وقت ثبت فيه أن الدين لن يستحق . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين موجود نافذ إذا دفعه المدين فإنه يكون قد دفع ديناً مستحقاً ، وإذا تحقق الشرط الفاسخ صار هذا وفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق ، وهذه صورة من صور الحالة الثانية للدفع غير المستحق سيأتى بيانها فيما يلى .

وقد يكون للدين وجود محقق ولكنه لما يستحق . وتقول المادة ١٨٣ في هذا الشأن إنه « يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يخل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل » . فالدين المؤجل إذا دفع قبل حلول الأجل يكون دفعه دفعاً لدين لما يستحق ، أى لدين غير مستحق وقت الوفاء .

(١) [وقد طرأ حادث يمنع من استحقاق الدين ، فيسترد الدائم ما دفع ، وقد قضت محكمة النقض بأن القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ الخاص بمنع تملك الأجانب الأراضي الزراعية قد عمل به اعتباراً من ١٧ مارس سنة ١٩٥١ بعد أداء رسوم الشهر ، فاستحال منه شهر عقد هبة ، ومن ثم وجب رد رسوم الشهر (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٦٠ بمجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٠٧ ص ٦٥٦)] .

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتى : « ... أو إذا أثبت (الدافع) أن سبب الدين لم يتحقق ، كما إذا أدى مدين ديناً مطلقاً على شرط واقف مع أنه لم يتحقق (انظر التقنين البنائى م ١٠٥ فقرة ١) . وتجاوز المطالبة بالرد كذلك إذا حصل الوفاء في خلال فترة التطيق قبل أن يعل مصر الشرط (انظر المادة ١٤٣٤ من التقنين النمساوى والمادة ٦٩٤ فقرة ٢ من التقنين البرازيلى والمادة ٣٨٩ من المشروع) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩) .

٨٢٣ — (٣) الدين استوى ولكنه انقضى قبل الوفاء به : وقد يكون الدين ترتب في ذمة الدافع للدفع له ديناً صحيحاً واجب الأداء ، ولكنه انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ثم قام الدافع بوفائه مرة أخرى بعد انقضائه . مثل ذلك أن يكون الدين قد وفاه للورث ولم يعثر الورث على الخالصة فوفى الدين مرة أخرى^(١) ، أو أن يكون الدين قد انقضى بالمقاصة أو بالتجديد أو بالإبراء ووفاه للدين للدائن بالرغم من انقضائه . في جميع هذه الصور دفع للدين ديناً كان موجوداً نافذاً واجب الأداء ، ولكنه وقت الدفع كان قد انقضى ، فيكون الدافع قد دفع ديناً غير مستحق .

(ب) الركن الثاني — عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يحمله قابلاً للإبطال :

٨٢٤ — عمل من أعمال الوفاء : يجب على الدافع أن يثبت أن الدين غير مستحق على النحو الذى فصلناه فيما تقدم ، وأنه قد قام بعمل من أعمال الوفاء . وليس من الضروري أن يكون قد قام بوفاء الدين وفاء مباشراً ، بل يكفي أن يكون قد أعطى مقابلاً للوفاء (dation en paiement) أو أعطى إقراراً جديداً بالدين^(٢) (reconnaissance de dette)

(١) يقارب هذا المعنى حكم محكمة النقض في ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ ممر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ .

(٢) ومن أعمال الوفاء أن يمرر المدين لدائنه سنداً بدين ، ولا يدخل هذا السند في المحاسبة النهائية ما بين الدائن والمدين ، وهى المحاسبة التى يستوفى فيها الدائن حقه ، فبقاء السند معه بالرغم من استيفائه حقه هو بمنزلة استيفاء الدين مرتين . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن السمسار الذى يحصل على سند من عمله بمبلغ يذكر له سبب سوري (أغفال معارية) ، وثبت أن السند قد حرر عن دين سمسة سبق أن استوفاه في المحاسبة النهائية ، يكون قد استوفى الدين مرتين ، وقالت في هذا الصدد : « ولا كان من المحقق أن هذا المبلغ (الذى حرر به السند) لم يدخل في المحاسبة النهائية بين الطرفين بخصوص أعمال السمسة فيكون من حق المظنون عليهما الرجوع عليه بهذا المبلغ حتى لا يشكر الوفاء مرتين . ومن حيث إنه يتضح من ذلك أن ما أسس عليه المحكم قضاءه لم يكن واقعة لا أصل لها في الأوراق ، بل هى الوقائع التى يسطرها المظنون عليهما فيذكرتها شرحاً لحقيقة الحال ، وثبت للمحكمة صحتها فأقرتها ، وإن كانت قد خالفت المظنون عليهما في التكييف القانوني لدعواهما ، لذا ما بعد أن سردنا الوقائع السابقة توهمنا أن هذه الوقائع تجعل السند سند جملة أو هكذا أرادنا أن نصفاه ، ولكن المحكمة خلعت على هذه الوقائع التى اتفقت بصحتها الوصف القانوني الصحيح هو رد ما قبض بشير حق ، وأقامت قضاءها على هذا الأساس ، وهو أمر لا سبيل للنقض عليه » . قضى في ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ في الطعن رقم ٩١ السنة القضائية الثامنة عشرة بمجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ٢٥٦ رقم ٦٩ .

أو رتب تأميناً خاصاً لضمان الوفاء ، أو قاص الدين في دين له ، أو قام بغير ذلك من أعمال الوفاء المتنوعة . وأعمال الوفاء هذه على تنوعها هي تصرفات قانونية تخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية ، وبخاصة ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة^(١) .

٨٢٥ — عيب يسوب الوفاء فيجعل قابلاً لمحوطال : فإذا أقام الدافع الدليل على أنه قام بوفاء دين غير مستحق على الوجه الذي بيناه ، فالفروض أنه دفع عن غلط^(٢) وأنه لم يكن يعلم بأنه غير ملازم بالدفع . وهذه القرينة القانونية قرينة تبررها الظروف .

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي: « يقتضى العمل أن يكون من واجب من يدعى أداء ما لم يكن مستحقاً أن يقيم الدليل على أمرين : أولهما قيامه بوفاء تلحق به صفة التصرف القانوني وتخضع بذلك للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة . وقد نصت للمادتان ٧٩/٧٤ من التقنين التونسي وللراكمي على أن الوفاء بمقابل وترتيب تأمين خاص لضمان الوفاء وإعطاء اعتراف بالدين أو سند آخر يقصد به إثبات وجود التزام أو براءة القصة منه تنزل جميعاً منزلة الوفاء . وقد قصد المشروع من عموم الببارات التي استعملت في صياغة القاعدة الخاصة بدفع غير المستحق إلى مواجهة هذه الحالات وأشباهاها ، فاستهل المادة ٢٥٠ (م ١٨١ جديد) بالنص على أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده ، دون أن ينحصر صورة من صور الوفاء أو ضرباً من ضرب ما يحصل الوفاء به . أما الأمر الثاني فقيامه بالوفاء بما لم يكن مستحقاً في ذمته ... » (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٤٤٩) .

(٢) الغلط هنا هو الغلط الذي يسبب الإرادة بشرطه المعروفة . ويستوى أن يكون غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون . ولا يعتبر الغلط في تفسيره مبهم ، ترددت المحاكم في تفسيره واختلفت ، سبباً لاسترداد ما دفع إذا كان الطرفان وقت الاتفاق قد اتفقا على التفسير الأكثر شيعوا لدى القضاء (استئناف مخطوط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٢٦) . وكذلك الغلط في تفسير نظام شركة لا يكون سبباً لاسترداد إذا كان هذا التفسير مسلماً به من الطرفين وقت الدفع (استئناف مخطوط ١١ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٥٥٧) .

وكانناط التبدليس ، فإذا تواطأ الدائن مع المدين ، وتقدم في التوزيع بمبلغ أكبر من حقه ، وتساؤل المدين عن المعارضة ، فقبض الدائن المبلغ الأكبر وشاطر المدين الزيادة ، فإن الدائنين الآخرين في المرتبة يجوز لهم أن يرجعوا على هذا الدائن ليستردوا منه ما أخذ دون حق (استئناف مخطوط ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ م ١٢٢) .

فليس مفهوماً لأول وهلة أن يدفع شخص دينا غير مستحق عليه إلا أن يكون هذا الشخص قد اعتقد أن الدين مستحق واجب الأداء ولذلك قام بوفائه . ونرى من ذلك أن الغلط ، وهو العيب الذى يشوب الوفاء عادة ، مفروض لا يكلف المدافع إثباته ^(١) .

(١) كان القضاء المصرى ، فى ظل القانون القديم ، يقضى بأن الدافع هو الذى يكلف إثبات أنه كان فى غلط عندما دفع (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٢ — وفى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٣٦ ص ٣١٩) . ولكنه كان يتساهل فى استخلاص قرائن قضائية — تقبل بداهة إثبات العكس — على أن الدافع كان فى غلط . فالوفاء الحاصل من أحد أطراف المدين وهو يجعل مضمون الحكم الذى قضى بالدين وليست لديه وسيلة للثبوت من أن المبلغ الذى يطالب به الدائن هو بقدر الدين ، يفرض فيه أنه وقع عن غلط إذا كان القدر المدفوع يزيد على الدين (استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) . والوفاء الحاصل من المدين على طريقة لم يرض بها إلا بعد أن أكد له الدائن تأكيذاً قاطعاً أن هذه الطريقة هى وحدها الصحيحة قانوناً لا يعتبر تحسيراً للمقد متفقاً عليه ، بل يعتبر أنه قد وقع عن غلط (محكمة مصر الكلية المختلطة فى ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ١٩٦ ص ٢٧٣) . كما كان القضاء يتساهل فى استخلاص قرائن قضائية على أن الدافع قد دفع عن بينة . فقيام أحد الشركاء بدفع مبلغ معين على اعتبار أن هذا المبلغ هو نصيبه فى الحسارة يتضمن لإقرار هذا الشريك بوقوع هذه الحسارة ، فعليه هو ، إذا أراد استرداد ما دفع ، أن يثبت أنه دفع عن غلط ما ليس مستحقاً عليه (استئناف مختلط فى ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩) — وقد وصل القضاء المصرى فى النهاية إلى حد أن جعل عبء الإثبات على المدفوع له ، فقضى بأنه إذا دفع الدين الدين مرتين أصبح إثبات الغلط لا فائدة منه ، لأنه إذا كانت إحدى هاتين المرتين يقوم الدفع فيها على سبب صحيح ، فالأخرى لا يقوم الدفع فيها على سبب ، ومن ثم لا يكون إثبات الغلط ضرورياً إلا إذا نسب إلى المدين نية القيام بتبرع أو أى تصرف قانونى آخر ، وهذا ما يجب على المدفوع له أن يثبته (استئناف مختلط فى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٣ — أظفر أيضاً استئناف مختلط فى ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩) . وقد حسم القانون الجديد الأمر بأن أقام قرينة قانونية على أن دفع غير المستحق وقع عن غلط ، وجعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس كما سنرى .

ولكن المحاكم المصرية كانت تقضى على كل حال ، فى ظل القانون القديم ، بأن دفع غير المستحق لا يجوز فيه الاسترداد إلا إذا وقع عن غلط (استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٦ — و ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩ — وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٣٦ ص ٥٠ — وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٣ — وفى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) .

هنا ويلاحظ أنه إذا اشتط فى الدافع أن يكون قد دفع عن غلط حتى يجوز له أن يسترد ما دفع ، فليس من الضروري أن يكون المدفوع له قد قبض غير المستحق عن غلط ، فقد يكون سبب النية كما يكون حسن النية ، وفى المثلين يرد ما أخذ دون حق على شخص لا يستحقه فبالإضافة إلى .

ولكن هذه القرينة القانونية على التلطف هي قرينة قابلة لإثبات العكس . فيجوز للدفع له أن يقضها بأن يثبت أن الدافع كان يعلم وقت الدفع أنه لم يكن ملزماً بما دفع . فإذا أثبت ذلك قامت قرينة قانونية أخرى ، هي الآن في مصلحة المدفوع له ، على أن الدفع مع العلم بأن الدين غير مستحق إنما أراد به الدافع أمراً لا يجوز له استرداد ما دفع . فقد يدفع ديناً واجباً على غيره فضاءً أو تبرعاً ، فلا يرجع بدعوى غير المستحق على الدائن وإنما يرجع بدعوى الفضولى على المدين إذا كان قد دفع فضاءً أو لا يرجع على أحد إذا كان قد دفع تبرعاً . وقد يدفع ديناً طبيعياً قاصداً بذلك أن يوفى هذا الالتزام ، فلا يسترد ما أداه باختياره (م ٢٠١) . وقد يريد بالدفع أن يميز عقداً قابلاً للإبطال ، فيقلب العقد صحيحاً ويكون الدفع تنفيذاً له . وقد يدفع ديناً مؤجلاً قبل حلول الأجل وهو عالم بذلك لأنه أراد أن يجعل الوفاء متنازلاً عن الأجل ، فيكون وفاؤه صحيحاً ولا يرجع بشيء على المدفوع له ^(١) .

وهذه القرينة القانونية الثانية التي تقوم لمصلحة المدفوع له هي أيضاً قرينة قابلة

(١) أما إذا كان قد دفع ديناً غير موجود أصلاً وهو على بينة من الأمر — كما إذا دفع وصية عدل عنها الموصى أو ديناً مطلقاً على شرط واقف بعد تخلف الشرط أو هبة باطلة لأنها لم تفرغ في ورقة رسمية — فقد يريد بذلك أن يجرح المدفوع له بما دفع معتقداً أن هذا واجب أدنى قد ترتب في ختمه ، بل قد يكون هذا الواجب قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي فلا يسترد ما أداه من ذلك باختياره .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبت للمحكمة أن المبلغ المدفوع من المدعى والذى يطلب الحكم برده إنما دفع منه عن بصيرة لتقيداً لمقتضى تصفية شركة يتضمن التزام المدفوع له بدينون الشركة جميعاً وتحصيل ما يستطيع من زماماتها ، فإن المدعى لا يكون محققاً في استرداده (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١ ص ١٠١) .]

وقد يكون الدين الذى أداه مصدره عقد باطل لسبب يرجع إلى النظام العام أو الآداب وهو عالم بالاطلاق ، كما إذا دفع دين قار أو فوائد ربوية ، فيستطيع في هذه الحالة أن يسترد ما دفع بالرغم من علمه بالاطلاق . لأن هذا الحل هو الذى يتضمنه النظام العام والآداب (أنظر م ٢٢٧ فقرة ١ وهى تميز استرداد الفوائد الربوية وم ٢٣٩ فقرة ٢ وهى تميز استرداد دين المقطرة والرهان) .

لإثبات العكس . ويستطيع الدافع أن ينقضها بأن يثبت أحد أمرين :

(أولاً) أنه كان ناقص الأهلية وقت أن دفع : وعند ذلك يستطيع أن يبطل الوفاء لنقص أهليته وأن يسترد ما دفع ، حتى لو كان قد دفع وهو على بينة من أن الدين الذى دفعه لم يكن مترتباً في ذمته ^(١) .

(ثانياً) أنه قد أكره على الوفاء . مثل ذلك أن يكون قد وفى الدين من قبل ، ولما طوّل به مرة ثانية لم يثر على المحالصة ، فاضطر أن يوفيه مرة أخرى خشية التنفيذ على ماله ، ثم عثر بعد ذلك على المحالصة ، ففى هذه الحالة يستطيع أن يسترد ما دفع دون حق ولو أنه وقت الدفع كان يعلم أنه يدفع ديناً غير مستحق ^(٢) . ومثل ذلك أيضاً أن يكون

(١) أما إذا دفع ناقص الأهلية ديناً مترتباً في ذمته ، فإن الدفع يكون صحيحاً ميراثاً للذمة إذا لم يلحق به ضرراً ، ومن ثم لا يجوز له استرداد ما دفع . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقض به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالمؤق » .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا صدر حكم في مخالفة ، وقضته النيابة العامة بتنفيذ أعمال محكوم بها على حساب المحكوم عليه ، فإن هذا الأخير يجوز له ، بعد أن يدفع المصروفات المطلوبة منه ، أن يسترد ما دفع دون حق إذا هو أثبت أن ما دفعه يزيد على الأجرة المتأداة لهذه الأعمال ، وخلاصة إذا كان قد طلب من الإدارة قبل ذلك بيانات وتفاصيل عن الأعمال المطلوبة لينفذها بنفسه فلم ترد عليه الإدارة (١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ س ٣٧٥ - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٠ أبريل سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للحكام المختلطة ٤ س ٢٥٧ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ س ٧٤ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ س ٧٣ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ س ٤٥٢ - وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ س ٥٦٩) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا ادعى مدعى أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه ، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين ، وتناول هذا الحكم ما كان يدعيه المدين من التخلّص من الدين بالوفاء قائلاً عنه إنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة ، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعى براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك » نقض في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ٧ ص ١٦) . وقد يقال لتبرير قضاء محكمة النقض إن عدم التخلّص من الدين قد قضى فيه بحكم حاز قوة الشيء المقضى فلا يجوز الرجوع بعد ذلك لمناقشة هذه المسألة . على أن محكمة الاستئناف المختلطة تهدر الدفع بقوة الشيء المقضى إذا ثبت لها أن المدفوع له قد حصل على غير المستحق عن طريق التليس (استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

قد سد ما عليه من الضرائب ، ثم طوّل بها مرة أخرى ووقع حجز إدارى على ماله ، فاضطر إلى الدفع وهو عالم بأن الدين غير مستحق ، فيجوز له في هذه الحالة أن يسترد ما دفع لأنه كان مكرهاً على الدفع^(١) .

§ ٢ — الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق

٨٢٦ — ركناه : تختلف هذه الحالة عن الحالة التي سبقتها في أن الدين الذى دفع في الحالة السابقة لم يكن مستحقاً في ذمة الدافع وقد وفاه هذا عن غلط أو إكراه أو وهو ناقص الأهلية ، أما الدين الذى وفاه الدافع في الحالة التى نحن بصدها فهو دين مستحق واجب الوفاء وقت الدفع ولكنه أصبح غير مستحق بعد ذلك . وتقوم هذه الحالة هي الأخرى على ركنين : (١) وفاء صحيح بدين مستحق الأداء . (٢) زوال سبب هذا الدين بعد أن تم الوفاء به .

(١) الركن الأول — وفاء صحيح بدين مستحق الأداء :

٨٢٧ — هذا هو عكس ما قررناه في الحالة السابقة ، فهناك كنا أمام وفاء غير صحيح

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إجبار شركة على أن تدفع ضريبة السير في الطرق الزراعية من طريق تهديد بعدم إعطائها رخصة بتسيير مركباتها أو بعدم تجديد هذه الرخصة يجعل للشركة الحق في أن تسترد ما دفعته دون حق إذا كانت الضريبة غير قانونية (٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٨ — انظر أيضاً استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٢) .

هنا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا أقام المدعى هذا الدليل (على أنه وفي ديناً غير مستحق) فيفرض أنه قد أوفى خطأ وأن من حقه أن يسترد ما دفع . وقد نس الثقتين الأساسيتين على ذلك صراحة ، فقرر في المادة ١٩٠١ أنه يفرض الخطأ في الوفاء إذا سلم ما لم يستحق أصلاً أو ما سبق أدائه . ويضيف النص إلى ذلك : ولكن يجوز لمن يطلب إليه الرد أن يقيم الدليل على أن التسليم كان على سبيل التبرع أو لأى سبب مشروع . والواقع أن من تسلم ما يدعى بعدم استحقاقه لا يكون عليه إلا إسقاطا قرينة الخطأ في الوفاء . فإذا أثبت أن الوفاء بما لم يكن مستحقاً قد تم عن بينة من اللوق ، فيفرض أنه أوفى على سبيل التبرع ، إلا أن يكون غير كامل الأهلية أو أن يقوم الدليل على أنه أدى ما أداه تحت سلطان إكراه : كما إذا كان قد فقد الخالصة وأكره بذلك على الوفاء مرة أخرى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩ — ص ٤٥٠) .

بدين غير مستحق الأداء ، أما هنا فنحن أمام وفاء صحيح بدين مستحق الأداء . ومثل الدين للمستحق الأداء أن يكون ديناً واجباً بمقد معلق على شرط فاسخ أو قابل للفسخ أو قابل للإبطال . فإدام الشرط الفاسخ لم يتحقق ، ومادام العقد لم يطلب فسخه أو إبطاله ، فإن الالتزام الناشئ من العقد يكون ديناً مستحق الأداء ، ويلزم المدين بالوفاء به .

وسواء وفى المدين الدين إختياراً أو إجباراً فإن وفاءه صحيح ، ولا يشوب الوفاء هنا ما يشوبه فى الحالة السابقة من عيب ، إذ الدين صحيح وواجب الأداء ، والوفاء به أيضاً وفاء صحيح مبرىء للذمة .

(ب) الركن الثانى — زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به :

٨٢٨ — ومادام الدين صحيحاً واجب الأداء ، وقد وفى به المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة ، فقد انقضى الدين ، ولا سبيل لاسترداده بعد انقضائه . ولكن الذى يحدث فى هذه الحالة ، فيفتح السبيل إلى الاسترداد ، هو أن السبب الذى كان مصدراً لهذا الدين يزول : يتحقق الشرط الفاسخ الذى كان الالتزام معلقاً عليه ، أو يفسخ العقد الذى كان قابلاً للفسخ ، أو يبطل العقد الذى كان قابلاً للإبطال . وفى هذه الصور جميعاً يتبين أن الدين الذى وفى به المدين ، ولو أنه كان ديناً مستحق الأداء وقت الوفاء به ، قد زال سببه فأصبح غير مستحق ، ويتبين تبعاً لذلك أن المدين قد وفى ديناً غير مستحق فيجوز له استرداده ^(١) .

(١) وإذا كان لا بد من القول فى هذه الحالة بأن هناك غلطاً فى جانب الدافع وهو يدفع الدين ، فن الممكن القول بذلك على الاعتبار الآتى : أن الدافع وقت أن دفع الدين الملحق على شرط فاسخ أو الدين الواجب بمقد قابل للفسخ أو قابل للإبطال لم يكن يعلم أن الشرط الفاسخ صحيح وأن العقد قابل للفسخ أو للإبطال . ويترتب على ذلك أنه لو دفع ديناً معلقاً على شرط فاسخ وهو يعلم أن الشرط قد تحقق ، أو ديناً واجباً بمقد قابل للفسخ وهو عالم بتيام سبب الفسخ ، حمل ذلك منه على أنه ينى بالالتزام طبعاً أو على أنه متبرع . وإذا دفع ديناً واجباً بمقد قابل للإبطال وهو يعلم ذلك اعتبر دونه الدين إجازة للعقد .

ونورد أمثلة على ما قدمناه :

شخص يشتري عينا تحت شرط فاسخ ، ويدفع الثمن ، ثم يتحقق الشرط . هنا يزول بانفساخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويكون له أن يسترد الثمن من البائع بدعوى استرداد المدفوع بغير حق .

مشتري يدفع ثمن ما اشتراه ، ولكن البيع يستحق في يده ، فيفسخ البيع . هنا أيضاً يزول بفسخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويسترد من البائع مادمعه . وكثيراً ما يتحقق هذا الفرض في الصورة العملية الآتية : عقار مرهون يباع جبراً على المدين ، ويدفع من رسا عليه المزاد الثمن للدائنين المرتهنين وفاء لحقوقهم ، ثم يستحق المقار في يد الراسي عليه المزاد وينتزع منه المالك الحقيقي . ولا شك في أن الراسي عليه المزاد في هذه الحالة يستطيع الرجوع على مدينه — وهو البائع — بضمان الاستحقاق . ولكن ألا يجوز له الرجوع على الدائنين المرتهنين أنفسهم فيسترد منهم مادمعه لهم بدعوى استرداد المدفوع بغير حق ؟ تردد القضاء الفرنسي في ذلك ، ثم استقر على جواز الرجوع على الدائنين المرتهنين^(١) . ويمكن توجيه هذا القضاء على اعتبار أن البيع في المزاد قد انفسخ باستحقاق المبيع ، فأصبح الراسي عليه المزاد غير مدين بالثمن ، ويكون قد دفع للدائنين ما هو غير مستحق عليه وقت أن وقام ديونهم ، فيرجع عليهم بما دفع . ويتبين من ذلك أن الراسي عليه المزاد يكون في هذه الحالة مخيراً بين الرجوع بضمان الاستحقاق على المدين أو الرجوع باسترداد المدفوع بغير حق على الدائنين^(٢) . وهذا هو أيضاً ما جرى عليه القضاء في

(١) محكمة استئناف ليون في ١٥ ديسمبر سنة ١٨٤١ سيرة ١٨٤٢ — ٢ — ١٦٨ — محكمة استئناف ريم في ٢٨ يونيو سنة ١٨٥٥ دالوز ١٨٥٦ — ٢ — ١٣٦ — محكمة استئناف الجزائر في ٢ يناير سنة ١٨٨٣ سيرة ١٨٨٤ — ٢ — ١٧ .

(٢) أنظر في هذا المعنى لارومبيير م ١٣٧٧ فقرة ١٧ — ديولومب ٣١ فقرة ٣٠٦ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٢٣٧ — ديوج ٣ فقرة ٩٥ .

مصر (١).

قاصر اشترى منزلاً ودفع ثمنه للبائع . المقدم هنا قابل للإبطال ، فإذا أبطله القاصر زال سبب التزامه بدفع الثمن ، وكان له هنا أيضاً أن يسترد ما دفعه (٢).

(١) استئناف مخطوط في ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٨ — وفي ٢٣ يولية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٠ (وفي هذه القضية كان الدافع حائزاً للمقار ووفى الدائن للرهن . ثم تزعت ملكية المقار فرسا عليه الزاد ، فيكون قد ووفى الدائن للرهن مرتين وله الرجوع عليه بدعوى غير المستحق) . وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٥٨ .

ويقرب من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا كان المدينون أخوة ثلاثة ، ووقع خطأ في قاعة التوزيع النهائية فلم يذكر إلا اثنان منهم ، ولم يدرج لإدانتهم هذين الاثنين فاستولوا على جميع الثمن ، كان على هؤلاء الاثنين أن يردوا ثلث ما استولوا عليه لدائني الأخ الثالث (١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا دفع المدين الحال عليه عن غلط كل الدين إلى الحال له ، بالرغم من وجود حجوز تحت يده ، كان له أن يسترد من الحال له ما أخذه هذا دون حق (٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٣) . وقضت كذلك بأنه إذا دفع المشتري وقت توقيع المقدم الابتدائي قسطاً من الثمن لدائن مرتهن ، ثم نزع هذا الدائن ملكية المقار المبيع فاستولى على حقه ، جاز للمشتري أن يسترد منه ماسبق أن دفعه له (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١) . وأنظر مع ذلك محكمة مصر المختلطة في ٢٨ يناير سنة ١٩١٩ جازيت ٩ رقم ١٣٣ ص ٢٣٠ — وانظر أيضاً ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن الدائن المدرج في كشف التوزيع لا يجوز أن يسترد منه ما أخذ بحجة أنه أخذ أكثر من حقه إذا لم تحصل منازعة في إدراجة في كشف التوزيع وقت مواعيد الطعن (٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ١٣ ص ٣١٩ — ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٤ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ — ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩) ، وذلك ما لم يقع منه تدليس (١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٥ — ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

(٢) [ومن أمثلة ذلك أيضاً ما نصت به محكمة النقض من أن المادة ٦٦ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية التي أُلحقت إليها المادة التاسعة من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ بشأن رسوم التسجيل ورسوم الحفظ ، والتي تنص على أنه « لا يرد أي رسم حصل بال تطبيق لأحكام هذا القانون إلا في الأحوال المنصوص عليها صراحة فيه » — لانتمى الحالة التي لا يتم فيها إجراء الشهر للمانع قانوني يستحيل معه على المصاحبة إجراؤه ، إذ في هذه الحالة يتعين تطبيق أحكام القانون المدني وهي تنفي برد هذه الرسوم لإعمالا لقاعدة الإثراء بلا سبب ، فإذا كان القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ الخاص بمنع تملك الأجانب الأراضي الزراعية قد عمل به اعتباراً من ١٧ من مارس سنة ١٩٥١ بعد أداء رسوم الشهر فاستعمال معه شهر عقد حبة ثم توثيقه في ٤ من مارس سنة ١٩٥٤ فإن المسك المطعون فيه ذ حاض في نفيته إلى أحقية المضمون عليهما الأوليين في استرداد رسوم الشهر لا يكون مخالفاً لقانون : (قض مدني في ٢٢ من ديسمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام القضاة السنة ١١ ص ٦٥٦ رقم ١٠٧) . أصحاب الشأن عن إتمام شهر المقدم بإرادتهم فإنه لا يسوغ لهم المطالبة باسترداد ما دفعوه =

الطلب الثاني

تسكين الالتزام برد ما أخذ دون حق

٨٢٩ - تحليل حالتى دفع غير المستحق وردهما الى قاعدة الإثراء بلا سبب :
قدمنا أن دفع غير المستحق ليس إلا صورة من صور الإثراء بلا سبب ونحلل الآن كلا من حالتيه لنبين ذلك فى وضوح .

فالحالة الأولى ، هى حالة دفع دين غير مستحق وقت الوفاء به ، تنطوى على عمل من أعمال الوفاء قد شابه عيب يحمله قابلاً للإبطال . فالدافع لدين غير مستحق إما أن يكون قد دفع عن غلط - وكالغلط التدليس - أو عن إكراه ، وإما أن يكون ناقص الأهلية . ولما كان الوفاء عملاً قانونياً (acte juridique) فهو قابل للإبطال لهذا العيب الذى شابه . وللدافع إذن أن يبطله . ومتى بطل زال السبب الذى نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له . فيترى المدفوع له دون سبب على حساب الدافع . ومن ثم يسترد الدافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء^(١) .

وترد أيضاً الحالة الثانية إلى قاعدة الإثراء بلا سبب . ففيها يبق الدافع بدين مستحق الأداء ، ثم يزول سبب استحقاق الدين بتحقيق الشرط الفاسخ أو بفسخ العقد أو بإبطاله فالوفاء الذى كان العقد سبباً له أصبح الآن دون سبب بزوال العقد . ومن ثم يبطل

== من رسوم تسجيل : قرض مدنى فى ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١٠٥٥
رقم ١٦٤ وقض مدنى فى ١٤ من فبراير سنة ١٩٦٣ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٢٥٤
رقم ٢٦] .

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التيميدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ليس دفع غير المستحق سوى تطبيق خاص للقاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . فالوفاء بدين تصرف قانونى يجب أن يخضع له الشروط الواجب توافرها فى سائر التصرفات القانونية . فيشترط أن يكون بوجه خاص خلواً عما يعيب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه ، وأن يصدر من تتوافر لديه أهلية الوفاء . فإذا شاب الرضاء عيب من هذه العيوب أو تخلف شرط الأهلية كان الوفاء غير صحيح . ويعتبر من تسلما أو قى به أو أذى على هذا الوجه قد أرى دون سبب ، ويصبح ملزماً بالرد وفقاً لقواعد الإثراء » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٨) .

الوفاء . ومتى بطل زال السبب الذى نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له . فيرى المدفوع له ، هنا أيضاً ، دون سبب على حساب الدافع ، ويسترد الدافع مادفع بمقتضى قاعدة الإثراء .

ولما كان الوفاء يبطل فى الحالتين كعمل قانونى ، فهو لا يبقى إذن إلا كواقعة مادية ، هى الواقعة التى ترتب عليها إثراء المدفوع له واقتدار الدافع ، ومن ثم ففى الواقعة التى تنشأ الالتزام برد المدفوع بغير حق .

وإذا كان دفع غير المستحق ، على ما رأينا ، صورة من صور الإثراء بلا سبب ، إلا أنها صورة تتميز بالخاصية الآتية : قيمة الافتقار فيها تملد قيمة الإثراء . فالدافع قد افتقر بقيمة ما دفع ، والمدفوع له قد أثرى بهذه القيمة ذاتها . ومن ثم يسترد الدافع ما دفع^(١) . هذا هو الأصل ، ويستثنى منه ما إذا كان المدفوع له ناقص الأهلية ، فينظر إلى القيمة التى انتفع بها فعلاً وقد تنقص عن القيمة التى أخذها ، فلا يرد إلا القدر الذى انتفع به (م ١٨٦) ، وسنرى تفصيل ذلك فيما يلى .

٨٣٠ — التمييز بين دين فى الزمة وبين معينة بالزمت : ويمكن التمييز ، فى دفع غير المستحق ، بين ما إذا كانت القيمة التى نقلها الدافع إلى المدفوع له ديناً فى الزمة أو عيناً

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يلتزم من يتسلم غير المستحق برد ما يؤدى إليه . وليس ترتيب هذا الالتزام إلا تطبيقاً لقواعد العامة فى الإثراء . فما لا ريب فيه أن من يقبض غير المستحق يرى دون سبب ما دام وفاء من أدى قد وقع غير صحيح . وأقل قيمة ينبغي ردها هى مقدار المبلغ الذى سلم بغير حق . ومع ذلك فليس ثمة محل للمفاضلة بين قيم شئ ، إذ الأمر ينحصر فى قيمة واحدة . فالمبلغ الذى يدفع يمثل قيمة ما أثرى به المدين وما تنقص من مال الدائن فى آن واحد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩) .

[وانظر فى تكليف الالتزام بالرد : مارتى ورينو > ٢ بند ٦٢٣ — فيكون كأنه لا فى الطبيعة القانونية للوفاء ، رسالة من باريس سنة ١٩٦١ ص ٢٠٧ وما بعدها — لوسوارن فى المجلة الفصلية المدنية سنة ١٩٤٩ ص ٢١٢ وما بعدها — دى باج > ٣ ص ٨ بند ٢ — ييدان ج ٩ مكرر بند ١٧٢٧ — ١٩٢٩] .

معينة بالذات . ففي الأمثلة التي سقناها فيما تقدم كانت القيمة المتقولة ديناً في الذمة ، فلما زال سبب الإثراء لم يبق للدافع إلا دعوى شخصية يرجع بها على المدفوع له هي دعوى استرداد المدفوع بغير حق . أما إذا كانت القيمة عيناً معينة بالذات ، كما إذا كان المدفوع عقاراً باعه صاحبه وسلمه للمشتري ثم فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن ، فإن العقار بفسخ البيع تعود ملكيته للبائع ، إذ هو عين معينة بالذات وإيس ديناً في الذمة . ومن ثم يكون للدافع في هذه الحالة ، إلى جانب دعوى استرداد المدفوع بغير حق وهي دعوى شخصية ، دعوى عينية هي دعوى الاستحقاق ^(١) .

المبحث الثاني

أحكام دفع غير المستحق

٨٣١ - دعوى استرداد غير المستحق : إذا تحققت حالة من حالات دفع غير المستحق نشأت دعوى لمصلحة الدافع قبل المدفوع له هي دعوى استرداد غير المستحق . ونستعرض في هذه الدعوى من يكون المدعى ، ومن يكون المدعى عليه ، وما الذي يطالب به المدعى المدعى عليه ، وكيف تسقط هذه الدعوى في بعض الحالات الخاصة .

(١) قارن ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد (مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ٤٥٩) . وقد يجوز التفريق من بعض الوجوه بين قاعدة الإثراء بلا سبب في ذاتها وبين تطبيقها في حالة دفع غير المستحق . فبإعراضي أن الإثراء بلا سبب يستلزم دخول ما يترى به المدين في ذمته المالية ، ولا يلزم بالرد إلا بمقتضى التزام شخصي . وعلى التقدير من ذلك لا يترتب على دفع غير المستحق انتقال ملكه ما يؤدي دون حق إلى المدين ودخوله في ذمته . ذلك أن هذا الوفاء ، وهو قابل للإبطال بحكم الحال ، لا يكون من شأنه نقل الملك . فالمدعي يلتزم برد ما تلقى عيناً لا بمقتضى التزام شخصي ، بل بمقتضى استحقاق الغير له . على أن هذا الفارق الفقهي البحت لا يحول دون اعتبار أحكام دفع غير المستحق تطبيقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب من حيث مضمون الفكرة بوجه عام . ومن المحقق أن من يتسلم غير المستحق يتعين عليه رده بمقتضى التزام يقع على عاتقه طبقاً لهذه القاعدة ، دون أن يكون هناك محل للتفريق بين ما إذا كان من تسلم حسن النية أو سيئها وما إذا كان ما سلم من القيميات أو الخليات .

المطلب الأول

المدعى والمدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

(١) المدعى :

٨٣٢ — المدعى فى هذه الدعوى هو الدائن الذى يسترد ما دفع دون حق . والدائن هو من حصل الدفع من ماله ^(١) لأنه هو الذى افتقر . ويطلب أن يكون هو الذى تولى الدفع فعلا ، فيفترض أنه دفع من ماله .

وقد يكون الوكيل هو الذى تولى الدفع . فإن كان قد دفع من مال الأصيل فالأصيل هو الدائن . وإن كان قد دفع من ماله الخاص ولم يميز الأصيل الدفع كان الوكيل هو الدائن . والمفروض فى الوكيل إذا دفع عن الأصيل أنه يدفع من مال الأصيل لا من ماله هو .

وقد يكون النائب — الوصى أو القيم أو ناظر الوقف الخ — هو الذى تولى الدفع عن الأصيل . وحكمه فى ذلك حكم الوكيل على النحو الذى فصلناه .

وإذا دفع الكفيل أكثر من الدين فى ذمة المكفول ، كان هو الدائن بقدر الزيادة . ويمحوز لدائنى الدائن أن يستعملوا حقه فيطالبوا باسترداد المدفوع دون حق طبقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة . ويمحوز كذلك لورثة الدائن بعد موته أن يستعملوا هذا الحق الذى آل إليهم باليراث ^(٢) .

(١) استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٩ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن مناط تطبيق نص المادة ١٦١ من القانون المدنى القديم هو أن يكون الموفى قد قام بوفاء الدين من ماله الخاص : كنص مدنى فى ٢٨ من أكتوبر سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٤٥ رقم ٣] .

(٢) [انظر فى ذلك مارتى وريزو ج ٢ بند ٦٧٠ ص ٦٦٢ — مقال لينوان فى المجلة الفصلية المدنية سنة ١٩٢٣ ص ١٢٥] .

(ب) المدعى عليه :

٨٣٣ — والمدعى عليه ، أى المدين فى دعوى غير المستحق ، هو المدفوع له بغير حق ، حتى لو كان الدفع لوكيله أو نائبه من وصى أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك .
وإذا كان المدعى عليه ناقص الأهلية كان الرجوع عليه بقدر ما انتفع على النحو الذى سنبينه فيما يلى .

المطلب الثانى

بماذا يطالب المدعى المدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

٨٣٤ — التصوص القانونى : نصت المادة ١٨٥ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

١ — إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم .
٢ — أما إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التى جناها ،
أو التى قصر فى جنبها ، من الشيء الذى تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيء النية .

٣ — وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم

— وقد يدفع مدين الدين لغير دائته ، فيستطيع الرجوع بدعوى غير المستحق على المدفوع له ، ويبقى للدائن الحق أن يرجع بحقه على هذا المدين . ولكن هل يجوز ، تجنباً لتعدد الرجوع ، أن نجعل الدائن الخاطئ يرجع مباشرة على المدفوع له ؟ لا ترى وجهاً لرجوع الدائن الخاطئ على المدفوع له بدعوى غير المستحق لأن الذى يرجع بهذه الدعوى هو المدين الذى دفع من ماله كما رأينا ، ولا بدعوى الإثراء لأنه لم يفتقر لإذ أن حقه لا يزال باقياً فى ذمة المدين . ولكن يستطيع استعمال حق مدينه فى الرجوع على المدفوع له عن طريق الدعوى غير المباشرة . وقد يستطيع أيضاً أن يرجع على المدفوع له بدعوى القضاة إذا كان هذا قد نظر إلى مصلحته فتقبل الدفع نيابة عنه . (انظر فى هذه المسألة دعوى ٣ ص ٩٩ — بلانبول ورييزر وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٤٤) .

(١) وإذا استوفى دائن حقه من غير المدين ، كان للدافع أن يرجع بدعوى غير المستحق على هذا الدائن ، وبدعوى الإثراء بلا سبب على المدين الخاطئ . ولكنه لا يرجع على المدين الخاطئ بدعوى غير المستحق طبقاً للقواعد التى بينها .

رفع الدعوى»^(١).

ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو كان سيئ النية . وهذا التمييز جوهرى فى تحديد مقدار ما يرجع به الدافع على المدفوع له . فستعرض أحكام كل فرض من هذين الفرضين ، ثم نستعرض حالتين معينتين تميزتا بأحكام خاصة .

§ ١ — المدفوع له حسن النية^(٢)

٨٣٥ — حسن النية هنا معناه أن المدفوع له يعتقد أنه يتسلم ما هو مستحق له . والفروض أن المدفوع له حسن النية فلا يكلف إثبات حسن نيته . والدافع هو الذى عليه أن يثبت سوء نية المدفوع له إذا ادعى ذلك ، فيثبت أن المدفوع له كان يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له فهو سيئ النية منذ البداية ، أو أنه علم بعد أن تسلم الشيء أنه غير مستحق له فهو حسن النية وقت التسلم سيئ النية بعد ذلك . ويجوز إثبات سوء النية بجميع طرق الإثبات ، ولو بالبيئة والقرائن ، لأن سوء النية واقعة مادية .

فإذا كان المدفوع له حسن النية على الوجه الذى يبيناه ، فإما أن يكون قد تسلم نقوداً

(١) وكان النص فى القانون المدنى القديم على الوجه الآتى : « فإذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه له كان مسئولاً عن فقده وملزماً بوائده وريسه » (م ١٤٦ / ٢٠٧ قديم) . وظاهر أن النص الجديد أوضح بياناً من النص القديم . تاريخ النص الجديد : ورد هذا النص فى المادة ٢٥٤ من المشروع التمهيدي مع خلافاً لفظية طفيفة . وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال هذه التعديلات لفظية فأقرتها اللجنة ، وأصبح رقم المادة ١٩٠ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب ووفق على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٠ ، وفى مجلس الشيوخ ووفق على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٨٥ . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٤٥٧ — ص ٤٦١) .

التعديلات المدنية المربية الأخرى : السورى م ١٨٦ (مطابق) — الليبى م ١٨٨ (مطابق) — المراقى م ٢/٢٣٣ (موافق) — اللبناني م ١٤٢ وم ١٤٦ (موافق) .

(٢) [انظر فى ذلك مارتى ورينو ج ٢ بند ٦٣٣ ص ٦٦٣ — دى باج ج ٣ بند ١٩ ص ٢٦ — ييلان ج ٩ مكرر بند ١٧٢٥ ص ٣٤٢ وما بعدها .

أو أشياء مثلية وإما أن يكون قد تسلم عيناً معينة بالذات . ويختلف الحكم في كل من الحالتين .

(١) للدفع قوداً أو أشياء مثلية :

٨٣٦ - إذا كان للدفع قوداً أو أشياء مثلية - غللاً أو أقطاً أو نحو ذلك - فإنه يدخل ديناً في ذمة المدفوع له ، ويجب عليه رده بدعوى غير المستحق . ويرد مقدار النقد الذى تسلمه دون نظر لتغير سعر النقد ، أو يرد القدر الذى أخذ من الأشياء المثلية^(١) .

أما الثمرات والفوائد فلا يلتزم بردها مادام حسن النية ، لأنه تملكها بالقبض . ويلتزم بردها إذا أصبح سيء النية ومن وقت أن أصبح كذلك ، وعلى أى حال يلتزم برد الثمرات والفوائد من يوم رفع الدعوى ، إذ يفترض سوء نيته من وقت مطالبته قضائياً برد ما تسلمه دون حق^(٢) .

(١) ويجوز ، طبقاً للمادة ٢٠٥ من التقنين المدنى الجديد ، أن يحصل الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز للدائن أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض .

هذا وإذا أصدرت شركة سندات استهلكها فيها بعد ، ودفعت غلطاً فوائد هذه السندات بعد استهلاكها ، فإن لها أن تسترد الفوائد التى دفعتها دون حق أو أن تجعل ما دفعتها من الفوائد قصاصاً في بعض رأس مال السندات التى استهلكت . ولكن صدر قانون في فرنسا في أول أغسطس سنة ١٨٩٣ يقضى بأن الشركة لا تسترد في هذه الحالة الفوائد التى دفعتها ، وعليها أن ترد رأس مال السندات المستهلكة كاملاً . ويبررون هذا الحكم في فرنسا بخطأ الشركة في الاستمرار على دفع فوائد السندات بعد استهلاكها ، وبأن هذه الفوائد تقابل ربح رأس مال السندات المستهلكة قبل دفعه (انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢قرة ١٢٤٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتى : « أما فيما يتعلق بثمرات الشيء الذى سلم قسمة على لتفريق بين من قبض بحسن نية ومن قبض بسوء نية . فلا يلزم الأول بالثمرات أو الفوائد إلا من وقت رفع الدعوى ، لأنه يملك الثمرات مادام حسن النية وفقاً لقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٠) .

هذا والمطالبة القضائية برد الشيء غير المستحق إذا كان نقداً توجب دفع الفوائد القانونية (٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪ في المسائل التجارية) من وقت المطالبة متى دخلت المطالبة بالفوائد في صحيفة الدعوى (م ٢٢٦) ، وتوجب رد الثمرات أو التعويض بحسب ما يقدر القاضى من وقت رفع الدعوى إذا كان المدفوع أشياء مثلية لا نقداً .

(ب) للدفع عين معينة بالذات^(١) :

٨٣٧ - رد العين : وإذا كان للدفع عيناً معينة بالذات - سيارة أو فرساً أو أرضاً أو منزلاً - فقد رأينا فيما قدمناه أن ملكية العين تعود إلى الدافع ، وله في استرداد العين دعويان ، دعوى عينية هي دعوى الاستحقاق ، ودعوى شخصية هي دعوى غير المستحق . ونقصر كلامنا على الدعوى الثانية فهي وحدها محل البحث هنا .

وقد كان للشروع التمهيدى يشتمل على نصوص في هذا الموضوع حذفت في لجنة الراجعة تجنباً للتفصيلات^(٢) ، نجاء للشروع النهائي خلواً منها . على أن الأحكام التي تضمنتها للنصوص المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي يعمل بها فيما إذا حاز الغير عيناً معينة بالذات . وهذه القواعد نجدتها مقررّة في نصوص أخرى تبين متى يملك الحائز الثمار (م ٩٧٨ - ٩٧٩) ، وكيف يسترد للصروقات (م ٩٨٠ - ٩٨٢) ، وتحمّد مسئوليته عن الهلاك والتلف (م ٩٨٣ - ٩٨٤) ، ولما كان للدفع له بعين معينة بالذات لا يخرج عن أن يكون حائزاً لهذه العين ، فإن للنصوص المتقدمة الذكر هي التي تنطبق على حالته . لذلك نستعين في تفصيل ما نحن في صدد هذه النصوص التي تقرر القواعد العامة والنصوص المحذوفة من الشروع التمهيدى .

== انظر في الموضوع استئناف مخطوط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ من ١٤٧ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤٥٢ - محكمة مصر المختلطة التجارية ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ جازت ٢٠ رقم ١٣٧ . من ١٢٧ - دى هلنس تحت لفظ (Ex-palement) فقرة ١٦٦ وما بعدها - الدكتور عبدالسلام ذهبي في الالتزامات من ٦٨٨ .

[وتطبيقاً لرد القوائد عن النقود التي أخذت بغير حق ، قضت محكمة النقض بأنه لا مخالفة للقانون في القضاء بإلزام المقرض بالربا الفاحش بقوائد المبالغ المحكوم عليه بردها محسوبة من تاريخ قبضها (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٨ من ١٩٢)] .

(١) [انظر مارتى ورينو ج ٢ بند ٦٣٤ من ٦٦٣ ودى باج ج ٣ بند ٢٠ من ٢٧] .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٥٩ .

نصت المادة ٢٥٥ من المشروع التمهيدي - وقد حذفت عند اللزاجة كما أسلفنا القول - على أن « كل من تسلم دون حق شيئاً معيناً بالذات التزم برده عيناً مادام قائماً ». وليس هذا النص الخوف إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فالمدفع له بعين معينة بالذات يلتزم بردها عيناً للدافع بمقتضى التزام شخصي هو رد غير المستحق . والفروض في ذلك أن العين لا تزال قائمة في يد المدفع له ، لم تهلك ولم تنتقل إلى يد أخرى . وقيل أن عرض لبيان الحكم فيما إذا هلكت العين أو انتقلت إلى يد أخرى ، نبين الحكم في رد الثمار واسترداد المصروفات .

٨٣٨ - رد الثمار واسترداد المصروفات : أما الثمار فإن المدفع له حسن النية يكسبها بالقبض إلى يوم رفع الدعوى . نستخلص هذا الحكم من المادة ١٨٥ التي سبق ذكرها ، ونراه صريحاً في المادة ٩٧٨ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة ، وقد جرت بما يأتي : « ١ - يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية . ٢ - والثمار الطبيعية أو المستعدة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً »^(١).

(١) وقد يقبض المستحق في الوقت نصيبه في الثمرة ، ثم يتبين أنه غير مستحق في الوقت أو أنه قبض أكثر من نصيبه ، فيعتبر الاستحقاق (وهو حق الانتفاع العيني) في هذه الحالة عيناً مدفوعة دون حق ، ويجب على المدفع له ردها ، ولكن إذا كان هذا حسن النية فإنه لا يرد غلة الوقت التي صرفها له الناظر لأنها تعتبر ثماراً ملكها بالقبض . وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في وضوح على الوجه الآتي : « إن تطبيق المادتين ١٤٥ و ١٤٦ من القانون المدني (م ١٨١ و ١٨٥ جديد) يقتضي حيا التفريق بين الشيء المأخوذ بدون حق وبين ثمرته ، فإن لكل حكماً : إذ الشيء المأخوذ واجب الرد على كل حال ، أما الثمرة فواجبة الرد إذا كان أخذ الشيء قد أخذه بسوء نية عالماً ألا حق له فيه . أما إذا كان أخذه إياه وقع بسلامة نية دون علم بعدم استحقاقه له فلا رد للثمرة . فإذا كانت الوقائع التابعة بالحكم أن زيداً كان يعتبر نفسه مستحقاً في وقت ، وكان يستعد هذا تمام الاعتقاد ، ويستقدمه معه ناظر الوقت وبقي المستحق اعتقاداً م جماً سليماً النية فيه ، واستمر زيد مدة طويلة يستولى على نصيبه من غلة الوقت ، حتى جاء بكر داعي الاستحقاق دونه وحصل على حكم شرعي نهائي لمصلحته ، ثم رفع بكر دعوى يطالب بها زيداً أن يرد ما أخذه من غلة الوقت في السنين الماضية التي استولى فيها على هذه الثمرة ، فهذه الوقائع تدل على أن الذي أخذه زيد بدون حق إنما هو حق الانتفاع أو أصل الاستحقاق ، ذلك الحق العيني الذي كان واضحاً يده عليه بواسطة ناظر الوقت ، وأن المال الذي كان يقبضه سنوياً إنما هو الثمرة الناتجة من ذلك الحق العيني الذي أخذه بدون وجه حق . وإذن فالشيء الذي يجب رده بمقتضى المادة ١٤٥ (م ١٨١ جديد) هو أصل الاستحقاق في الوقت أي حق الانتفاع العيني (droit d'usufruit) وهو ما حصل رده تقيضاً =

ومن ثم نرى أن المدفوع له حسن النية لا يرد الثار سواء كان المدفوع عيناً معينة بالذات أو كان قهوداً أو أشياء مثلية^(١).

== لحكم الصرى . أما الثمرة وهى الربح الذى كان يقبضه فقير واجب ردها ما دام أخذه لأصل الحق للنتج لها ووضع يده عليه كان بسلامة نية » (نقض فى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٦٨ ص ٧٩٣) .

وعلى أساس أن المستحق فى الوقف لا يلزم برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه إلا إذا كان سىء النية يبنى أن يفهم الحكم الآتى الصادر هو أيضاً من محكمة النقض : « التزام المستحق فى الوقف برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه يقوم على حكم المادة ١٤٥ من القانون للدين (م ١٨١ جديد) ، فالحكم الذى يلزمه بالرد متناً من إترائه على حساب الثبر (والأولى أن يقال رداً لا أخذ دون حق لا مخالفة فيه للقانون . ولا عمل للاحتجاج بالمادة ١٤٧ مدنى (م ٢٠١٦ جديد) إذ أنها وردت فى شأن الالتزامات الطبيعية وامتناع الرد فيما يوفى منها » (نقض ١٣ يونيو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٩٤ ص ١٩١) .

ومع ذلك انظر الحكم الآتى وقد صدر أيضاً من محكمة النقض : « إذا كان الوقف صادراً على ذرية الوقف ، وبرهن أحد على أنه من القرية وأثبت استحقاقه ، وكان الخلاف على استحقاقه متعلقاً بالنسب ، فإن الحكم يكون مستنداً إلى وقت الوقف ويكون له الرجوع بحسبته فى السنين الماضية على من قبضه من المستحقين . أما إذا كان الخلاف غير متعلق بالنسب ، وإنما يتعلق بقيام الشرط فيه بعد تفسيره ، كما إذا وقع على أولاد ولده وأثبت شخص أنه من أولاد البنات وقضى بسنوله ، فإنه لا يستحق شيئاً من غلة السنين الماضية المتسلكة لأن القضاء يكون مثبتاً أنه من الموقوف عليهم لا مظهراً لوجود شبهة الاختصار فى شرط الوقف ، فإن كانت الغلة موجودة استحق فيها نصيبه وإلا فلا » (نقض ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٦ ص ١٢٦) . ويبدو أن محكمة النقض هنا جعلت العبرة فى استرداد الغلة الماضية يكون الحكم مظهراً لا مثبتاً . والأولى الوقوف عند نية من استولى على الغلة ، فإن كان سىء النية فإنه يرد ما استولى عليه ، وأما إذا كان حسن النية فإنه لا يرد شيئاً من الغلة .

انظر أيضاً فى هذه المسألة محكمة استئناف مصر فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤/١٤٠ - ٣٤٠ - وفى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٣ ص ٥٤٦ . ومحكمة الإسكندرية الابتدائية الوطنية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٩ .

(١) هذا وتقدر ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيئها مسألة واقع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بما يأتى : « تعتبر مسألة حسن نية واضح اليد على العقار مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع الحق للطلاق فى تقديرها ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها . فإذا قضت المحكمة بإغواء المشتري من ربح الأرض التى اشتراها إلى تلرغ رفع دعوى الاستحقاق عليه بناء على أنه كان حسن النية إلى ذلك التلرغ فلا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك » (نقض ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ بمجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣) . وقضت أيضاً بما يأتى : « إن تعرف حقيقة نية وضع اليد عند البحث فى ملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى . فمن سلطة محكمة الموضوع وحدها تقديره ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان قضاؤها مبنياً على مقدمات من شأنها ==

== أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها . فإذا كان المحكم قد أسس انقضاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بمجىء الوقت جيداً وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها في شأن هذه الحجج وعلى وضع يدها على الوقت المتنازع عليه واستغلالها لإياه بصفتها ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء ، فلا سبيل للجدل في هذا التقدير لدى محكمة النقض « (نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٠ ص ٤٦) .

ففي ثبت أن المدفوع له حسن النية فإنه يملك الثمار بقضها إلى يوم رفع الدعوى . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في هذا المعنى بما يأتي : « لا يلزم واضع اليد برد ثمرة العين إذا كان حسن النية إلى أن ترفع عليه الدعوى ، ويلزم بالثمرة من تاريخ رفع الدعوى لا بواقف ما حصله من ريعها ولكن بقدر ما فات صاحب العين من ريع » (استئناف ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١/٢ ص ٢٧) — وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ١٧٩ — المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧١/١ ص ١٦٥ — وفي ٢١ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص ١٣٠ — وفي ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ القرائن ٢ رقم ٧٩ ص ٨٣ — وفي ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٣ ص ٧٠ — المحاماة ٢ رقم ٨١ ص ٢٥٨ — وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧/١ ص ٧٨٤ — وفي ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣١/٢ ص ١٧٨ : وقد قضى هذا المحكم الأخير بأن وضم يد الورثة على المقار الموقوف باعتقاد أنه مملوك لورثتهم بمنع من مطالبهم بالريع عن المدة السابقة على تكليفهم — وانظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٥ يونيو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ١٨٩ — محكمة طنطا في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ١٣٢ — محكمة مصر الكلية الوطنية في ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الحقوق ٣١ ص ٢٧٨ . وقد قضت محكمة طنطا بأنه « إذا دلت ظروف الدعوى على وجود الناصر الماتل بين الوالد وولده والاختلاط في المايش والأرزاق كان الوالد حسن النية في وضع يده على أملاك ابنه وأخذ غنثها ، ولا يطلب منه رد ما أخذه ، وإنما يتجسده اعتباره سمي النية ومزماً بالرد من وقت أن رفع ولده دعوى ضده يطالبه فيها بالملكية والنسب » (طنطا ٤ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤١٩ ص ٥١٤) .

ومن يوم رفع الدعوى يعتبر المدفوع له سمي النية ويجب عليه رد الثمار ، والفرينة هنا قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، فلا يجوز له إثبات حسن نيته بعد رفع الدعوى . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن « مجرد الإنذار لواضع اليد من المالك الحقيقي بتسليم المقار التي تحت يده لا يكفي في اعتباره سمي النية ، بل يجب على من يدعى سوء النية أن يقدم الدليل على أن ما قام به من الإنذار لحصسه كان كافياً لتغيير حالته النفسية واعتقاده عدم أحقيته في وضع يده — ولكن يترتب على رفع الدعوى بانتطالبة بالملكية التزام واضع اليد برد الريع من تاريخ المقاضاة من غير أن يكون ثمة عمل للبحث في حسن أو سوء نية واضع اليد المترتب على رفع الدعوى » (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧/٣ ص ٧٨٤ — انظر أيضاً استئناف ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٣٧/٢ ص ٧٩) — وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً في هذا المعنى بأنه « من المبادئ المقررة قانوناً أن حسن النية عند واضع اليد يزول بمجرد علمه باليحب التي يلحق وضع يده ، وأن هذا العيب يعتبر موجوداً ، وواضع اليد عاقل من يوم رفع الدعوى عليه . فإذا كانت دعوى الملكية من شأنها أن تنبه واضع اليد على أن ==

وأما المصروفات التي قد يكون للدفع له أخفها على الدين ، فهذه نرى حكمها صريحاً في المادة ٩٨٠ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة ، وهي تنص على ما يأتي : ١ - على

الدين الذي يلقى وضع يده ليس قاصراً على الجزء المرفوعة به الدعوى بل إن الدين شامل لجميع الدين الواضع يده عليها ، كما إذا رقت الدعوى عليه من أحد الورثة مطالباً بالجزء الذي يخصه ، فلا يمكن تخصيص الدين بذلك الجزء في حين أن الحق واحد ودليل الملكية هو بالنسبة لباقي الأجزاء التي تخص بقية الورثة . ولم يوضح اليد بالدين الذي يلقى وضع يده من شأنه أن يزيل حسن نيته ويحمله مسؤولاً عن ثمرة الدين كلها من تاريخ هذا العلم « (استئناف ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٩ ص ٢٢٨) . انظر أيضاً استئناف مصر ٩ يونيو سنة ١٩٣٤ الحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٦ ص ٥٦٣ .

وتنصت أيضاً محكمة استئناف مصر بأنه « ليس من الضروري استولية واضع اليد على عقار بحسن نية من الغلة من وقت رفع الدعوى عليه أن يصبح سيء النية بعد رفع الدعوى ، بل ويمكن لذلك أن يظهر فيما بعد بتقاضي حكم نهائي أن منازعه تلك الأرض من قبل أن يملكها البائع له لأن هذا الحكم مقرر للحق لا منقضى له ، وله أثر رجعي ينسحب فيما يتماق بالرجع إلى وقت رفع الدعوى . ولكل من كان واحداً يده بحسن نية على عقار حق الاستيلاء على ريعه ، ولذا يلزم واضع اليد في جميع الأحوال برد الريع من يوم رفع الدعوى باستحقاق العقار عليه إذا حكم عليه فيها ، وذلك لأن حقوق المتعاقبين تعتبر معلقة وموقوفة في بحر مدة التقاضي « (استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢٠ رقم ٨٠ ص ٢١٥) . وانظر أيضاً استئناف مصر في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ ص ٥١٨ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ الحاماة ٧٠ رقم ٤٨٧ ص ١١٥٦ .

على أن القضاء المصري في ظل القانون القديم لا يغلو من بعض التردد في تقرير المبدأ القاضي بأن الثمار ترد من يوم رفع الدعوى . فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ (الحاماة ٨ رقم ٥٥٣ ص ٩١٥) بأنه « من المتفق عليه علماً وعملاً أن مسألة حسن النية وسوئها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها ، وإذا ثبت حسن نية المضم في وضع يده فلا تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى عليه بإعلان عقده ، وإنما تزول من يوم صدور حكم نهائي بذلك في موضوع الدعوى « . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ (الحاماة ٢٠ رقم ٢٢٦ ص ٦٣٦) بأنه « وإن كانت أغلب أحكام القضاء قد سارت على اعتبار أن سوء نية واضع اليد يبدأ من تاريخ رفع الدعوى إلا أنه من المتفق عليه أن مسألة حسن النية وسوئها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها ، وليس ضرورياً أن تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى « .

وغنى عن البيان أن التقنين المدني الجديد (م ١٨٥ فقرة ٣) قطع كل شك في هذا المسألة بأن ألام قرينة قانونية لا تقبل لإثبات العكس على سوء نية من تسلّم غير المستحق من يوم رفع الدعوى . ويمكن القول أيضاً مع محكمة أسبوط (٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ الحاماة ٩ رقم ٤٢٤ ص ٦٧٢) إن سوء نية واضع اليد الثابت بصدور حكم نهائي إنما يستند إلى يوم رفع الدعوى لأن الأحكام مقررّة للحقوق لا منقضة لها .

للمالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أخفقه من المصروفات الضرورية .

« ٢ - أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » .

« ٣ - فإذا كانت المصروفات كالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » . ونرى من ذلك أن المدفوع له إذا كان أفتق على العين مصروفات ضرورية فإنه يستردها كلها من الدافع . وإذا كانت المصروفات نافعة - والمفروض أنه حسن النية - خير الدافع بين أن يدفع ما أخفقه للمدفوع له من المصروفات أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات^(١) ، هذا ما لم يطلب للمدفوع له نزع ما استحدثه (م ٩٢٥) . وإذا كانت للمصروفات كالية ، فليس للمدفوع له أن يرجع على الدافع بشيء في شأنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى وفي هذه الصورة يجوز للدافع أن يطلب استبقاء ما استحدثه للمدفوع له مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة^(٢) .

٨٣٩ - **حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها** : وننقل الآن إلى حالة ما إذا كانت العين قد هلكت أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له . تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى - وقد حذفت عند المراجعة - على ما يأتى : « فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبي التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سيء النية ، وذلك دون إخلال

(١) وهذا الحكم هو تطبيق منصوص دعوى الإثراء ، فإن الدافع ، وهو المثرى ، يرد أقل قيمى الإثراء والاقتدار للمدفوع له ، وهو المقتدر . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) هنا وقد منح التقنين المدنى الجديد للدافع الذى يلتزم برد المصروفات المدفوع له تسهيلات خاصة في الدفع . فنصت المادة ٩٨٢ على أنه « يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتصل من هذا الالتزام إذا هو مجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط محصوراً منها فوائد بها بالمر التانونى لتأدية مواعيد استحقاقها » .

بحق من سلم هذا الشيء في استرداده ولو تألفاً مع التمويض عن نقص قيمته بسبب التلف». وتنص المادة ٩٨٣ ، وهي التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة ، على ما يأتي : « ١ - إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تمويض بسبب هذا الانتفاع . ٢ - ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة تربت على هذا الهلاك أو التلف » .

ويتبين من مفهوم المخالفة في المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى ومن صريح النص في المادة ٩٨٣ أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولاً عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ . أما إذا كان قد انتفع بالعين الانتفاع العادى — وفقاً لما يحسبه من حقه — وهلكت العين أو تلفت أو ضاعت ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة تربت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع ، كما إذا انتفع بأثاث منزل في بناء منزل آخر ، أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع ، أو ذبح ماشية أو انتفع بلحمها^(١) . وللدافع في جميع الأحوال أن يسترد الشيء التالف في الصورة التي آل إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تمويضاً عن التلف مادام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا .

٨٤٠ - **حالة خروج العين من ي المدفوع له إلى يد أخرى :** أما إذا كانت العين قد خرجت من يد المدفوع له ، إلى يد أخرى ، فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى — وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة — على ما يأتي :

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه « لا يجوز الحكم بالرد على من أخذ شيئاً بنية سلبية ومن غير سبب صحيح إلا إذا حصل له إضرار فعلاً وقت رفع الدعوى ، ولا يحكم بالرد إلا بمقدار قيمة هذا الإضرار بصرف النظر عن قيمة ما لحق المدعى من الضرر ، فإذا فقد الشيء بنير خطأ المدعى عليه الحسن النية وقت رفع الدعوى لم يكن هناك إضرار ولم يكن هناك موجب لرد » (استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ٢٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٣/١٤٠ ص ٣٤٠ — المحاماة ٩ رقم ٥٣٥ ص ٩٨٩) .

« ١ - من تسلّم وهو حسن النية الشيء المين بالذات وتصرف فيه بموضع قبل أن يعلم أنه ملزم برده ، وجب عليه أن يرد ما قبضه من عوض أو أن يحول حقه في المطالبة بهذا الموضع . ٢ - فإذا كان قد تصرف بغير عوض فلا يلتزم أن يرد شيئاً ، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق » . وإذا أغفلنا من هذا النص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية لم يكن النص فيها يقي منه إلا تطبيقاً للقواعد العامة . ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذ تصرف في المين معاوضة لم يكن مسئولاً قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض ، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه في المطالبة به ^(١) . وإذا تصرف في المين تبرعاً لم يكن مسئولاً عن شيء قبل الدافع .

هذا في العلاقة ما بين الدافع والمدفوع له . أما في العلاقة ما بين الدافع والغير الذي انتقلت إليه المين ، فالأصل أن التصرف الصادر إلى هذا الغير من المدفوع له ، سواء كان معاوضة أو تبرعاً ، هو تصرف من غير مالك ، فلا يسرى في حق المالك - أي الدافع - ويستطيع هذا أن يسترد المين باعتباره مالِكاً وبدعوى عينية هي دعوى الاستحقاق . هذا ما لم يكن الغير قد كسب ملكية المين بسبب آخر ، كالنقادم في العقار أو الحياة بحسن نية في المنقول . فإذا كسب الغير ملكية المين وكان قد دفع عنها عوضاً ، فلا يرجع الدافع عليه بشيء لأنه سيأخذ هذا الموضع من المدفوع له كما قلنا . أما إذا كان الغير لم يدفع عوضاً بل تلقى المين تبرعاً ، فإن الدافع هنا أيضاً لا يرجع بشيء على الغير لأن هذا قد أثرى بسبب وهو عقد التبرع ، وقد مر ذكر ذلك . ولا محل لتطبيق العبارة الأخيرة

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن « الأثر القانوني المترتب على الحكم بقول دطوى الاسترداد هو أن المحكوم عليه الحسن النية لا يكون ملزماً إلا برد الزيادة التي حصلت في ماله ، فلا يرد إلا ما حكم عليه برده إن كان قائماً ولم يهلك بمحادث قهرى ، أو غنمه التي قبضه فطلا في حالة ما إذا كان قد تصرف فيه بحسن نية ، كل ذلك من غير مطالبته بتعويض ما » (استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٧ من ٧٩) ، انظر أيضاً في هذا المنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤١٦ .

من الفقرة الثانية من المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى ، إذ هي إنما أجازت رجوع الدافع على الغير بقدر ما أنرى تمشياً مع الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى التى كانت تنص على أنه « إذا تبرع المثرى بما أنرى به كان من صدر له التبرع مسئولاً أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أنرى » . وقد بينا أن هذا الحكم على عدالته فيه خروج على القواعد العامة . ولما كان كل من هذين النصين قد حذف من المشروع التمهيدى ، فلا محل لتطبيق ما قضى به من حكم لا يتفق مع هذه القواعد . ونستخلص من ذلك ، فى العلاقة ما بين الدافع والغير ، وأن الدافع يسترد المين من الغير بدعوى الاستحقاق إلا إذا كسب الغير ملكية المين بسبب كالتقادم أو الحيازة ، فلا يرجع الدافع عليه بشئ فى هذه الحالة ، سواء فى ذلك تلقى الغير المين معاوضة أو تلقاها تبرعاً^(١) .

§ ٣ — المدفوع له سبب النية

٨٤١ — إذا أثبت الدافع أن المدفوع له سبب النية ، وأنه كان يعلم وقت تسلمه الشئ أو بعد ذلك أن الشئ غير مستحق له ، وجب التمييز هنا أيضاً بين ما إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية أو كان عيناً معينة بالذات .

(١) المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية :

٤٨٢ — يرد المدفوع له مقدار النقد الذى تسلمه ، ويموض عن تنبير سعر النقد لأنه سبب النية . وإذا كان المدفوع أشياء مثلية ، ردها بالقدر الذى أخذ على النحو الذى بيناه فى حالة ما إذا كان المدفوع له حسن النية .

أما الثمرات والفوائد فيلزم بها المدفوع له سبب النية . وفى هذا يقول الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ : « أما إذا كان سبب النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الثمرات والفوائد الأرباح التى

(١) سنورد فى مكان آخر ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه النصوص المحذوفة .

جناها ، أو التي قصر في جنيتها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية ^(١) .

(ب) المدفوع عين معينة بالذات :

٨٤٣ — رد العين والتجارة وسروراء المعصوفات : يلتزم المدفوع له سيء النية برد العين للدافع ما دامت قائمة (المادة ٢٥٥ المحذوفة من المشروع التمهيدى) . يلتزم أيضاً برد الثمار التي قبضها فعلاً أو التي قصر في قبضها ^(٢) . وقد رأينا أن المادة ٩٧٩ تنقض في هذا الصدد بأن « يكون الحائز سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أخفقه في إنتاج هذه الثمار » ^(٣) .

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أما سيء النية فيلزم على تقييد ذلك برد الفوائد أو الأرباح التي حصل عليها أو كان يوسمه أن يحصل عليها من الشيء من وقت القبض أو من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية . وهذا أيضاً تطبيق للقواعد العامة لأن الحائز سيء النية لا يكون له حق في الثمار . ويراعى في الحالة الأخيرة أنه إذا كان الشيء المقبوض مبلغاً من النقود فيلزم من قبضه برد الفوائد محسبة على أساس السعر المقرر في القانون حتى قبل رفع الدعوى . وهذه حالة من حالات الاستثناء النادرة التي ترد على قاعدة عدم استحقاق الفوائد القانونية إلا من تاريخ رفع الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٠) . انظر استئناف مخطط ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٢٧ — وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٣ — وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١ .

وتطبيقاً لرد الفوائد عن النقود التي أخذت بغير حق ، قضت محكمة النقض بأنه : « لا مخالفة للقانون في القضاء بإلزام المترش بالربا الفاحش بفوائد المبالغ المحكوم عليه بردها عسوبة من تاريخ قبضها » (نقض ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢) .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت لا تقضى في مبدأ الأمر برد الفوائد الربوية ، ثم قضت بذلك ، وتزددت ، حتى استقرت على الرد (انظر استئناف مخطط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٤١ : ويلخص الحكم تطور القضاء المختلط في هذه المسألة) .

(٢) استئناف مخطط في ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٣ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن « من اشترى عقاراً فأخرج منه واضع اليد عليه ، فله إن كان واضع اليد سيء النية أن يطالبه بئثر هذا العقار لامن تاريخ تسجيل عقد البيع فقط بل من »

وأما المصروفات فإن كانت ضرورية استردها كلها (م ٩٨٠ ققرة أولى) . وإن كانت نافعة كان للدافع أن يطلب إزالة ما استحدث أو استبقاه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٨٠ ققرة ٢ وم ٩٢٤) . وإن كانت كالية فلا يرجع بشيء على الدافع ، ولكن له أن ينزع ما استحدث على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى ، إلا إذا اختار الدافع أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (م ٩٨٠ ققرة ٣)^(١) .

٨٤٤ - **مات هلاك العين أو تلفها أو ضياعها** : وإذا هلك الدين أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له شيء النية ، التزم برد قيمتها وقت الهلاك أو التلف أو الضياع ، وذلك دون إخلال بحق الدافع في استرداد العين تالفة مع التبعيض عن التلف (م ٢٥٦ المحذوفة من المشروع التمهيدي) . وقد قضت المادة ٩٨٤ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة بالحكم الآتي : « إذا كان الحائز شيء النية فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستعفه » . ويتبين من ذلك أن المدفوع له شيء النية يكون مسئولاً عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة ، ولا يعفيه من المسؤولية

== تاريخ القدر نفسه « (استئناف ٣ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٨٤ من ١٩١) . وقضت بأنه « في حالة وضع يد بعض الورثة على التركة ومنهم أحد الورثة من استلام نصيبه ينزم الورثة واضعوا اليد جميعاً بالرجوع لوارث الذي حرم من وضع يده ، ولقولا الورثة تقسيم المسؤولية فيما بينهم إن شاءوا بنسبة ما انتفع به كل منهم من الأرباح » (استئناف ٥ نوفمبر سنة ١٩١٣ المصرائ ١ رقم ٣٢٢ من ١٨١) . وقضت بأن « الشخص الذي يضع يده على أعيان باعتباره مالكا يقتضى عقد صدر له من المورث أضيق فيه التملك والتصرف إلى ما بعد الوفاة واعتبر وصية باطلة لصورها لوارث يكون مسئولاً عن الربح لأن نيته لم تكن حسنة فيما استهلك منه » (استئناف ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٥ من ٥٢٠) .

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى التسهيلات التي منحها القانون الجديد للدافع الذي يلتزم برد المصروفات للمدفوع له (م ٩٨٢) .

إلا أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد الدافع^(١). وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية ، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين إلا إذا وقع الهلاك بخطئه ، وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ .

٨٤٥ - **عائت فروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى :** وإذا خرجت العين من يد المدفوع له سبب النية ، فقد نصت المادة ٢٥٨ المحذوفة من المشروع التمهيدى على ما يأتي : « ١ - من تسلم ولو بحسن نية الشيء بالذات وتصرف فيه بمعوض بعد أن علم أنه ملتزم برده وجب عليه أن يردّه عيناً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى ، على أنه يجوز لمن سلم هذا الشيء أن يطالب من تصرف فيه بما قبضه من عوض أو بأن يحل محله في دعوى المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان من تسلم الشيء قد تصرف فيه بتغير عوض ولم يقم برده عيناً ، التزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أتى به قبل من سلم الشيء غير المستحق » . والفقرة الثانية من هذا النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، فيجب إغفالها مادامت قد حذفت من المشروع التمهيدى . وتبقى الفقرة الأولى وهى تطبيق للقواعد العامة . ويتبين منها أن المدفوع له سبب النية إذا تصرف في العين معاوضة كان ملزماً قبل الدافع برد العين إليه ، ويتم ذلك بأنزاعها من الغير الذى تصرف له . فإن عجز عن ذلك ، كان الدافع بخيراً بين قيمة العين^(٢) والعوض الذى أعطى فيها . أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً فلا يبقى أمام الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له .

وفي العلاقة ما بين الدافع والغير الذى انتقلت إليه العين لا يختلف الحكم عما قررناه

(١) تارة مسئولية السارق ، فإن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، حتى لو ثبت أن الشيء كان يهلك لو بقي في يد مالكه ، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق في جميع الأحوال (٢٠٧ فقرة ٣) .

(٢) النص المحذوف من المشروع التمهيدى يجعل العبرة في تحديد قيمة العين بوقت رفع الدعوى ، ولكن لا كانت القواعد العامة هى التى يجب تطبيقها بعد حذف هذا النص ، فإن هذه القواعد تنقضى بتحديد قيمة العين وقت التصرف فيها .

في صدد المدفوع له حسن النية إذا انتقلت العين من يد إلى يد أخرى معاوضة أو تبرعاً .
ذلك أن الغير في علاقته بالدافع لا يتأثر بنية المدفوع له ، حسنة كانت هذه النية أو سيئة^(١) .

(١) ونقول هنا — بعد أن فرغنا من الكلام في النصوص المحذوفة من المشروع التمهيدى — ما ورد في المذكرة الإيضاحية في صدد هذه النصوص : « تتناول هذه النصوص للنتيجة حالات خاصة لها أهمية بالغة في الحياة العملية ، حيث يكون الشيء الذى قبض بهير حق مميئاً بالثبات . فلذا بقى الشيء في يد من قبضه وجب عليه أن يردده بينه ، إما إلى من سلمه ، ويكون ذلك بمقتضى التزام شخصى ، وإما إلى مالكه إذا طالب باستحقاقه له . — فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبي ، فيجب التفريق بين حالة من تسلم بحسن نية وحالة من تسلم وهو سبيء النية . فى الحالة الأولى يحصل مالك الشيء تبعة الضياع أو التلف ، ولا يلزم حسن النية برد شيء ما ، وفقاً للقواعد العامة . وفى الحالة الثانية يكون من تسلم الشيء قد ارتكب خطأ ما دام قد تسلمه وهو سبيء النية ، فهو يتحمل تبعة هذا الخطأ ولو كان التلف أو الضياع يحدث جبرى ، وبذلك يلتزم برد قيمة الشيء وقت ضياعه أو تلفه ، أى فى آخر وقت كان يتعين عليه الرد فيه . على أن لمن سلم الشيء ، فى حالة التلف ، أن يطالب بالشيء التالف مع التعويض عن نقص قيمته . وغنى عن البيان أنه إذا تسبب الضياع أو التلف بخطأ شخص معين ، كان من وقع منه هذا الخطأ مسئولاً عنه . فإذا خرج الشيء من يد من تسلمه على أثر التصرف فيه بعوض فيجب التفريق كذلك بين التصرف بحسن نية وبين التصرف بسوء نية . ويراعى أن من يتسلم الشيء وهو حسن النية قد يصبح سبيء النية وقت التصرف ، ولا عكس ، فسيء النية عند التسلم لا يصبح حسن النية وقت التصرف على أى حال . فلذا وقع التصرف بحسن نية ، وكان من قبيل المعاوضة ، فلن سلم الشيء أن يرجع (١) على من تسلمه منه ، ويتعين على هذا الأخير رد العوض الذى قبضه أو تحويل حقه فيه ، ولا يلزم برد الشيء عيناً كما هو الشأن فى حالة التصرف بسوء نية . (ب) وله أن يرجع على المتصرف له ، فهو لا يكسب ملكية الشيء بمقتضى تعاقد مع من تسلم هذا الشيء ، لأنه تعامل مع غير مالك . فيجوز لمن سلم الشيء أن يطالب باستحقاقه له ، ما لم يكن المتصرف له قد كسب حق الملك فيه بالتقادم أو بالحيازة إن كان من النقولات . ولا يخل ذلك بما يكون للمتصرف له من حق فى الرجوع بالضمان على من تعاقد معه ، وهو من تسلم الشيء وأدلى إليه به . فلذا كان المتصرف من قبيل التبرعات ، فلن سلم الشيء أن يسترده من يد المتصرف له ، وله كذلك أن يطالبه بقيمة ما أنزى به إن تم له كسب ملكية الشيء من طريق التقادم أو بالحيازة باعتبار أن دفع الضرر مقوم على جلب النفع (انظر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع — ونستدرك هنا على المذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم لا يسرى لأن النص عليه قد حذف وهو لا يتفق مع القواعد العامة) . أما إذا كان المتصرف من قبيل المعاوضات ووقع بسوء نية ،

فلن سلم الشيء أن يرجع على من تسلمه منه وعلى المتصرف له كما هو الشأن فى الفرض الذى تقدمت الإشارة إليه ، مع فارق يتمثل فيما يتصل بحق الرجوع من رخص الحيار . ذلك أن من سلم الشيء يكون فى هذه الحالة بالحيار بين إلزام المتصرف بأن يؤدى ما قبض من عوض ، أو إلزامه بأن يحمل عله فى دعوى المطالبة بهذا العوض . هذا فضلاً عن حقه الأصلى فى إلزامه برد الشيء عيناً أو رد قيمته وقت رفع الدعوى لا وقت الضياع لأن الشيء لا يزال قائماً (كذا) . وإن كان المتصرف تبرعاً جاز لمن سلم الشيء أن =

٣٥ — حالتان ذاتا أحكام خاصة

٨٤٦ — **الوفاء بدين مؤجل والوفاء لنافق الأهلية** : هناك حالتان في دفع غير المستحق لها أحكام خاصة : (١) حالة الوفاء بالدين للمؤجل قبل حلول الأجل (٢) حالة الوفاء لنافق الأهلية^(١) .

٨٤٧ — (١) **الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول المؤجل** : قلنا أن المادة ١٨٣ من التقنين المدني الجديد نصت على ما يأتي : « ١ — يصبح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل . ٢ — على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء للمجمل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاق عن المدة الباقية لحلول الأجل »^(٢) . ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني القديم ، فالحكم مستحدث .

يرجع على من تسلمه منه ، وله أن يلزمه برد الشيء بينه أو يرد قيمته وقت رفع الدعوى دون رد العوض ، إذ المفروض أن التصرف وقع بغير مقابل . وله كذلك أن يسترد الشيء من يد المتصرف له ، فإذا كان هذا قد كسب حق الملك عليه بالتقدم أو بالمباينة أو لم يتيسر لمن تسلمه أن يرد قيمته التزم قبل من سلم الشيء بموئيل لا يجاوز قيمة ما أثرى به كما هو الشأن في القرض السابق (عين الاستدراك المتقدم) « مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٨ — ص ٤٥٩ » .

(١) وكان القانون المدني القديم يضيف حالة ثالثة هي حالة الوفاء بالالتزام مخالف للأداب فلا يسترد ما دفع في نفس الأحوال . ولكن التقنين الجديد أغفل هذه الحالة كما بينا عند الكلام في بطلان العقد (انظر أيضاً فقرة ٣٣٨) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٢٥٢ من المشروع التمهيدي مع خلافت نظلية طقسية ومع لإغفال عبارة « وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل » في آخر الفقرة الأولى . وفي لجنة المراجعة اقترح إدخال التعديلات الغضبية فأقرتها اللجنة وأصبح رقم المادة ١٨٨ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب ووفقى على المادة تحت رقم ١٨٨ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تليت المادة ، فأقرت حذفها لاعتقادها من اضطراب في العلاقات على أن تطبق في الحالات المنصوص عليها فيها المواد السابقة الخاصة بالإتراء بلا سبب . ففرض في ذلك يمثل الحكومة قاتلاً إن حكم الفقرة الثانية من المادة ١٨٦ ينصرف إلى من لا يكون ملزماً بالوفاء أصلاً وإن هذه المادة تتكلم عن شخص ملزم إلا أن أجل الوفاء لم يحل بعد ، وإن الأصل ليمن يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه ، فإذا تم الدفع =

والمفروض أن الدين وفى الدين المؤجل قبل حلول أجله وهو جاهل بقيام الأجل أو وهو مكروه على ذلك ، لأنه لو وفى الدين المؤجل وهو عالم بقيام الأجل غير مكروه على الوفاء لحل ذلك منه على أنه نزول عن الأجل ، فلا يرجع بشيء على الدائن . والأصل أن الدين إذا وفى الدين قبل حلول أجله على الوجه الذى بيناه كان له أن يسترد ما دفع بدعوى غير المستحق ، ثم يوفى الدين عند حلول الأجل . ولكن يجوز للدائن — بدلا من أن يرد الدين ثم يستوفيه ثانية عند حلول أجله — أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المجمل فى حدود ما لحق الدين من ضرر . وهذا يؤدى من الناحية العملية إلى عين النتيجة الأولى مع اخصار فى الإجراءات . وضربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثلا لذلك : مقالو اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر ، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية ، فيحق له أن يطالب الدائن ، إذا لم يشأ هذا أن يرد البناء الذى تسلمه إلى أن يحل الأجل ، بأقل القيمتين ، قيمة النفقات الإضافية التى تقدمت الإشارة إليها وقيمة إيراد البناء فى الشهور الستة^(١) . وإذا كان الدين الذى وفى قبل

== من جراء غلطة أو من جراء ظروف لها حكم النلط ، فلن دفع أن يسترد ما أداه على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل ، وقد أثر المشروع الأخذ بهذا رأى لسلامة منطقه . واقترح أحد الأعضاء استبدال عبارة « إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لا التزام » بعبارة « إذا كان التسليم قد تم وفاء لا التزام » فى الفقرة الأولى ، كما اقترح إضافة عبارة « وكان المولى جاهلا بقيام الأجل » فى آخر الفقرة . فوافقت اللجنة على ذلك . وجاء فى تقريرها أنها أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « وكان المولى جاهلا بقيام الأجل » لأن المولى لو كان عالما بقيام الأجل ووفى رغم علمه هذا حل منه ذلك عمل التنازل عن الأجل . وفى مجلس الشيوخ ووفق على المادة كما عدلتها اللجنة تحت رقم ١٨٣ . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٥١ — ص ٤٥٤) .

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « الأصل نيس يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله أنه يقدم مالم يس مستحقا عليه من وجه . فإذا تم الدفع من جراء غلطة أو من جراء ظروف لها حكم النلط ، فلن دفع أن يسترد ما أداه ، على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل . وقد أثر المشروع الأخذ بهذا رأى لسلامة منطقه ، مقتضا فى ذلك أثر المشروع الفرنسى الإيطالى ، ولو أن بعض تقنيات أخرى قد أعرضت عنه » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٥١ — ص ٤٥٢) .

التقنيات المدنية البرية الأخرى : السورى م ١٨٤ (مطابق) — الليج م ١٨٦ (مطابق) — العراق م ٢٣٥ (موافق) — اللبناني م ١٤٤ أولا (مقارب) .

حلول الأجل نقوداً ولم يردّها الدائن للمدين على أن تؤدي إليه عند حلول الأجل ، كان للمدين — على ما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(١) — « أن يطالب بما ينفل الدين من فائدة بحسب السعر المتفق عليه ، أو بحسب السعر المقرر فى القانون إذا لم يكن ثمة اتفاق فى هذا الشأن » ، وذلك عن المدة الباقية لحلول الأجل . فهذه الفائدة هى التى تمثل ما أفاد الدائن من التمجيل فى استيفاء حقه فى حدود ما أصاب للمدين من الضرر من جراء الوفاء قبل حلول الأجل^(٢) .

٨٤٨ — (٢) الوفاء ناقص الأهلية : تنص المادة ١٨٦ على أنه : « إذا لم تتوافر أهلية المتعاقدين تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به »^(٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٧ .

(٢) هذا ولا كان القانون المدنى القديم لم يميز دعوى غير المستحق فى الدين التى وقى قبل حلول أجله (الموجز للمؤلف بقرة ٤٠٢ — الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٣٩٦ هامش رقم ١ — انظر أيضاً المادة ١١٨٦ من القانون المدنى الفرنسى — ومع ذلك فآرن دى هلنس ص ٢ من ٩٣ بقرة ١٤٤) ، فإن التقنين المدنى الجديد يكون قد استحدث هنا حكماً جديداً كما قدمنا . وليس لهذا الحكم الجديد أثر رجعى . فإذا وفى مدين ديناً قبل حلول أجله ، ووقع الوفاء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يرجع بقى على الدائن حتى لو كان أجل الدين لا يعمل إلا فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أو فى ميعاد بعد ذلك . أما إذا وقع الوفاء فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك التقنين الجديد هو الذى يطبق ، ويرجع للمدين على الدائن يدهوى غير المستحق على النحو الذى ينص عليه ، حتى لو كان الدين الذى وقى قبل حلول أجله قد نشأ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ومن ثم نرى أن العبرة فى تطبيق التقنين الجديد لا تكون بتاريخ نشوء الدين ولا بتاريخ حلول الأجل ، ولكن بتاريخ الوفاء المسجل ، فإن هذا الوفاء المسجل هو الواقعة التى ترتب عليها التزام المدفوع له برد غير المستحق . فإذا وقع الوفاء المسجل فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك كان التقنين الجديد هو الواجب التطبيق ، وإذا وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالقانون القديم هو الذى يطبق .

[وطارن سليمان مرقس بقرة ٥٧٨ صفحة ٧٨٨ حيث يرى أن الحكم الذى ورد فى البقرة الأولى من المادة ١٨٣ من التقنين المدنى الجديد ليس مستحدثاً بل هو مجرد تطبيق للقواعد العامة التى كان معمول بها فى ظل القانون المدنى القديم] .

(٣) تاريخ النص : ورد هنا النص فى المادة ٢٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان من تسلم شيئاً غير مستحق لا تتوافر فيه أهلية المتعاقدين ، فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به حتى لو كان سبب التبرع ، وهنا مع عدم الإخلال بحكم المادة ٢٥٥ . وفى لجنة المراجعة اقترح حذف العبارة =

وإذا كان الدافع تشتط فيه الأهلية، حتى أنه لو دفع وهو غير أهل للوفاء فإنه يسترد ما دفع كما سبق أن بينا، فإن المدفوع له لا تشتط فيه الأهلية في الأصل، إذ أن التزامه بالرد لا يقوم على إرادته، بل هو التزام قوامه قاعدة الإثراء بلا سبب على ما قلنا. غير أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية، بأن كان قاصراً أو مجبوراً عليه، وعمل برعاية أكبر من الرعاية التي يعامل بها كامل الأهلية نظراً لبقص أهليته. فهو لا يلتزم برد ما أخذ إلا في حدود ما انتفع به فعلاً^(١). وفي هذا رجوع عن خاصية دفع غير المستحق التي تعتبر قيمة الإثراء بمقتضاها هي عين قيمة الافتقار، ويعتبر المدفوع له قد أثرى بذات القيمة التي افتقر بها الدافع على النحو الذي قلناه. وتكون العبارة في إثراء ناقص الأهلية، التي تسلم غير المستحق، هو ما انتفع به فعلاً لا حكماً.

وينبغي على ذلك أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية، وتسلم عيناً معينة بالذات فهلك العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه، لا يكون ملزماً بشيء قبل الدافع حتى لو كان سبب النية، لأن ما تقدمه دون أن ينتفع به لا يدخل في تقدير إثرائه وفقاً للبدا العام في قاعدة الإثراء^(٢). أما إذا كان الملاك أو التلف أو الضياع قد وقع بخطئه، فإنه يلتزم بالتعويض لأن ناقص الأهلية يلتزم بالخطأ.

= الأخيرة لعدم ضرورتها، فأقرت اللجنة ذلك وأصبح النص النهائي الذي قدمته اللجنة تحت رقم ١٩١ على الوجه الآتي : « إذا لم تتوافر أهلية التعاضد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزماً إلا بالقدر الذي أثرى به ». ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩١. ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٨٦. ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦١ - ص ٤٦٢).

التفتينات للدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٧ (مطابق) - اللي م ١٨٩ (مطابق) -
المراق م ٢٣٤ (موافق) - اللبناني لا مقابل.

(١) استئناف مخطوط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٠.

(٢) أما كامل الأهلية فإنه يلتزم برد قيمة الشيء كما رأينا. (قانون بلانيول وريبير وبولانيه ٢ ققرة ١٢٥٤).

[وانظر دى باج ٣ بند ١٥ ص ٢٢].

وينبني على ذلك أيضاً أنه إذا تبرع المدفوع له وهو ناقص الأهلية بالعين التي تسلمها دون حق ، لم يرجع الدافع عليه بشيء لأنه لم ينتفع بالعين ، حتى لو كان سيء النية وقت أن تبرع^(١).

(١) وقد رأينا فيما تقدم أن كامل الأهلية يلتزم برد قيمة الشيء . وهذا والدافع هو الذي يقع عليه عبء الإثبات في بيان أن ناقص الأهلية قد أنثرى وق تقدير مدى إثرائه ، وذلك وفقاً للمبادئ التي قررتها في دعوى الإنشاء بلا سبب (انظر في هذا المعنى بلانول وريبير وبولانجي ٢ ققرة ١٢٥٥) وانظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الموافق ٢٥ من ٦٨ - وفي ٥ فبراير سنة ١٩٣١ الحاماة ١١ رقم ٥٣٤ من ١٠٥٢ - ويجوز الإثبات بجميع الطرق لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية . ولكن لا يجوز الاستدلال على حصول المنفعة لناقص الأهلية بالاستقراء المضادة منه لأنها هي أيضاً باطلة .

وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن النسي الذي نحن بصدده : « لا يشترط للالتزام برد ما سلم بغير حق أن يكون للمدين أهلاً لتعاقد . ذلك أنه لا يلتزم التزاماً لإرادياً ، بل بنشأ التزامه برد ما أدى إليه عن واقعة تسلم ما لم يكن مستحقاً له . ولكن إذا كان من تسلم الشيء غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه والزام كامل الأهلية من حيث للمدى بمنزلة سواء . فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بما يربو على قيمة ما أنثرى به ، وبوجه خاص في حالة ضياع الشيء (٢٥٦م) وحالة التصرف فيه بسوء نية (٢٥٨م) . أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على النقيض من ذلك إلا بقيمة ما أنثرى به ولو كان سيء النية ، ولا يلزم بشيء ما إذا قد ما تسلمه بمحادث غفائي . وهو لا يؤدي كذلك إلا ما قبض من عوض إذا تصرف فيما تسلم بسوء نية دون أن يلزم برد الشيء عيناً أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بملك كامل الأهلية . وتستثنى من حكم القاعدة للتقدمة حالة تسلم ناقص الأهلية لشيء معين بالثبات ، فهو يلزم برده عيناً ما دام قائماً ولو أنه لم يثر منه باعتبار أنه لم يدخل في ذمته . وهذا هو ما قصد من التحفظ الخامس بالمادة ٢٥١ » (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٤٦١ - ٤٦٢) .

ويعتبر ناقص الأهلية قد أقاد بما أخذه إذا كان قد وفى به ديناً عليه ، أو اشترى به شيئاً ناقصاً ولو قلت قيمة هذا الشيء بعد ذلك أو انهدمت بسبب طبيعي ، أو رجم به عقاراً حتى لو هلك العقار بعد ذلك بقوة القاهرة ، أو بقي المال الذي أخذه في يده إلى وقت الرد (استئناف وطنى في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ الحاماة ٩ رقم ٤٨ من ٧٢) . ويعتبر مفيداً ما صرفه القاصر في ضرورياته أو في كآلياته المعقولة التي يحصل عليها أمثاله (استئناف غنطلي في ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١٠ من ١٥٠ - وفي أول يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ من ٢٦٦) . ويعتبر غير مفيد ما بدده لناقص الأهلية في ماله أو في القارة أو في شراء أشياء غير مفيدة وغير متناسبة مع حالته الاجتماعية ومقدار ثروته أو في أشياء غارة كالوحدات المخدرة ، أو أضعاف المال عن خرق أو عدم حيطة (انظر في كل ذلك نظرية المقد للؤلث ققرة ٦١٣) .

المطلب الثالث

سقوط دعوى استرداد غير المستحق

٨٤٩ - ومبراهه خاصاه للسقوط : دعوى استرداد غير المستحق تخضع للقواعد العامة في انقضاءها وفي سقوطها . غير أن لها وجهين للسقوط خاصين بها : أولهما إذا كان المدفوع له حسن النية وتجرد من سند الدين أو من تأميناته أو ترك دعواه تسقط بالتقادم (م ١٨٤) . والوجه الثاني سقوط الدعوى باقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد (م ١٨٧) .

١ § - تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه دعواه تسقط بالتقادم

٨٥٠ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٨٤ على أنه « لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد عن سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتمويض الغير الذي قام بالوفاء »^(١) .

وهذا النص أشمل وأوفى من النص الذي كان في القانون القديم مقابلاً له . فقد كانت المادتان ٢٠٩/١٤٨ من القانون القديم تنصان على أنه « لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص ، وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٥٢ من المشروع التمهيدى كما هو . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٩ . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل . ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عليه دون تعديل وأصبح رقمه ١٨٤ . ووافق مجلس الشيوخ عليه دون تعديل (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥ - ٤٥٦) .

التفتيشات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٨٥ (مطابق) - الليبي م ١٨٧ (مطابق) - العراقي لا مقابل - اللبناني م ١٤٤ ثالثاً (موافق) .

الدفع ، وانعدم سند الدين . وإنما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقي » . ووجه الشمول في النص الجديد أنه لم يقتصر على حالة انعدام سند الدين ، بل شمل التجرد من سند الدين بصفة عامة ، وألحق بهذه الحالة ما يماثلها : التجرد من تأمينات الدين وترك الدعوى تسقط بالتقادم ^(١) .

٨٥١ — التجرد من سند الحق أو من التأمينات : والفروض أن غير المدين دفع الدين للدائن . وكان هذا حسن النية وقت استيفاء حقه ، فأعدم سند الدين ، أو سلمه للدافع ولم يستطع إرجاعه ، أو أغفل المحافظة عليه بأى وجه من الوجوه ، أو تجرد من تأمينات الدين بأن أغفل قيد الرهن ، أو لم يجدد القيد ، أو نزل عن الرهن . أو أبرأ ذمة الكفيل ، أو نحو ذلك . ففي كل هذه الفروض يسقط حق الدافع في الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق ، لأن هذا الحق قد تمارس مع حق آخر لشخص حسن النية هو المدفوع له ، وقد تجرد من سند الدين أو من التأمينات اعتماداً على استيفائه لحقه . فالمدفوع له لم يقصر ، والمقصر هو الدافع إذ دفع الدين غلطاً وغلطه هذا ينطوى على ضرب من التقصير . هذا التعارض بين الحقين هو الذى جعل الغلبة لحق المدفوع له حسن النية ، ورجح كفة غير المقصر على كفة المقصر ^(٢) .

(١) وكان القضاء المصرى يفسر عبارة « وانعدم سند الدين » التى وردت في القانون القديم تفسيراً ضيقاً . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه « إذا دفع المشتري الثمن لدائن مرتين ، ثم استحق المبيع أو أبطل البيع فخرجت العين من يده ، كان دفعه الثمن للدائن المرتين قائماً على غير سبب ، وله أن يسترد الثمن الذى دفعه . ولا يمنعه من ذلك أن يكون الدائن قد عمد إلى شطب الرهن بعد أن استوفى حقه ، فإن انس القانون إنما يمنع الاسترداد في حالة انعدام السند ، أى في حالة زواله بحيث يصبح مستحيل على الدائن أن يثبت حقه . وما لم يشتمل شطب الرهن على التزول صراحة عن الرهن ذاته فإنه لا يفقد الدائن حقه في الرهن . ولا يزال السند المنشئ للحق باقياً على كل حال يستطيع به الدائن أن يرجع على مدينه (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٧) . ومع ذلك فقد توسعت محكمة الاستئناف المختلطة أخيراً في التفسير فقامت على « انعدام السند » تقادم الدين ، إذ قضت بأنه « في تطبيق المادة ٢٠٩ من القانون المدنى المختلط المتعلقة باسترداد غير المستحق يُلحظ على حالة انعدام السند حالة تقادم الدين » (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٢) .

(٢) [انظر مارتى وريزو ص ٢٠٨ بند ٦٢٧ — حى باج ص ٣٠ بند ١١ ص ١٧ — بيدان ص ٩٠ مكرر بند ١٧٢٤ ص ٣٤١] .

٨٥٣ — ترك الدعوى تسقط بالتقادم : ويتحقق بذلك أن يكون الدائن قد ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم بمد أن اطمأن إلى استيفائه لحقه . فهذا أيضاً يتعارض الحقان ، ويرجع حق الدائن حسن النية ، فلا يجوز للدافع الرجوع عليه ، لأنه إذا رجع واسترد ما دفع ، لم يستطع الدائن الرجوع على المدين الحقيقي لتقادم دعواه ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي تجرد من سند الدين أو من تأمينااته^(١).

٨٥٣ — رجوع الدافع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء : وإذا كان الدافع لا يحق له الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق ، فإن الطريق يبقى أمامه مفتوحاً للرجوع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء بلا سبب ، فقد دفع له دينه ، فأثرى هذا بقدر ما افقر ذاك . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « على أن الغير لا يظل محروماً من حق الرجوع بما أداه . فالمدين الحقيقي وقد قضى دينه بفضل هذا الوفاء يلتزم قبله بالتعويض وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب . وقد يخشى في حالة سقوط الدين بالتقادم من تواطؤ الدائن مع الغير على تصوير مخالصة يقدم تاريخها للإيهام بمحصول الوفاء قبل انقضاء مدة السقوط ، وبذلك يكون التحايل قد هياً للغير حق الرجوع على المدين . ويلاحظ أنه ينبغي أن يكون للمخالصة تاريخ ثابت في مثل هذه الحالة درماً لمثل هذا التحايل »^(٢).

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « إذا قام غير المدين بوفاء الدين متعمداً أنه ملزم بأدائه ، فمن حقه أن يسترد ما أدى وفقاً لقواعد الخاصة بدفع ما لا يستحق ، سواء أكان الدائن حسن النية أم سيئها . ومع ذلك فقد رؤى اختصاص الدائن حسن النية بقسط من الرماية ، فأسقط عنه الالتزام بالرد إذا ترتب على استيفائه ما أدى للغير إلحاق ضرر بحقه ، إما من ناحية الواقع بسبب تجرده من سند الدين أو من التأمينات المخصصة للوفاء به ، وإما من ناحية القانون بسبب سكوته عن مطالبة المدين الحقيقي وتقادم دعواه قبله تفريماً على ذلك . فالقانون المقارنة بين الغير الذي أدى ديناً لم يكن ملزماً بأدائه وبين الدائن حسن النية وقد تجرد من سند دينه متعمداً صحة الوفاء تنتهي دون شك إلى توجيه ما ينبغي لمصالح الأخير من أسباب الحماية والتغليب . وقد أخذ التفتيش الحالي (القديم) بهذا الحكم ولو أنه أفرغه في عبارة يعوزها الوضوح ، إذ اقتصر في المادة ٢٠٩/١٤٨ على النص على حماية الدائن حسن النية إذا « انعدم سند الدين دون أن يتناول بصرح النص حالات هامة كالتقادم وضياع التأمينات » (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٤٥٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٢٥٥ .

والفرض الأخير الوارد في المذكرة الإيضاحية يمكن تصويره على النحو الآتي :
سقط الدين بالتقادم ، فعند الدائن إلى التواطؤ مع أجنبي أعطاه مخالصة بالدين ، وجعل تاريخ المخالصة سابقاً على سقوط الدين بالتقادم فصوره بذلك شخصاً دفع الدين عن المدين قبل تقادمه ، فيستطيع الرجوع إذن على المدين بما دفع ، إذ لم تقادم دعواه المبينة على الإثراء بلا سبب بالرغم من تقادم دعوى المدين . وبفضل هذا التواطؤ يستطيع الدائن أن يحصل بطريق غير مباشر على حق سقط بالتقادم . لذلك وجب أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ لجواز الاحتجاج بها على المدين ، فيمتنع التواطؤ ولا يستطيع الدائن أن يقدم تاريخ المخالصة ليقع في وقت لم يكن الدين قد تقادم فيه .

§ ٢ — سقوط الدعوى بثلاث سنوات

٨٥٤ — النص القانوني : تنص المادة ١٨٧ على أنه « تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق^(١) .

ويلاحظ أن دعوى غير المستحق — وهي فرع عن دعوى الإثراء بلا سبب وتترتب مثلها على التزام لا ينشأ بإرادة صاحبه — تقادم بين ائدة التي تقادم بها دعوى الإثراء بلا سبب .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٦٠ من المشروع التمهيدى مع اختلاف لفظي طفيف . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٩٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٢ . ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على النص مع حذف كلمة « بالتقادم » وأصبح رقمه ١٨٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٣ — ٤٦٤) . ويلاحظ أن كلمة « بالتقادم » قد حذفت لأنها لا ضرورة لها ، وسقوط دعوى غير المستحق بثلاث سنوات كسقوطها بخمس عشرة سنة إنما يأتي عن طريق التقادم .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٨٨ (مطابق) — الليبي م ١٩٠ (مطابق) — المراق م ٢٤٤ (موافق) — اللبناني لا مقابل .

٨٥٥ — السقوط بأقصر المدينين : ويتبين من النص أن دعوى غير المستحق تسقط بأقصر المدينين الآتين :

(١) ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذى يعلم فيه الدافع بحقه فى الاسترداد . فلا يبدأ سريان التقادم هنا من يوم قيام الالتزام فى ذمة المدفوع له ، بل من اليوم الذى علم فيه الدافع بأنه دفع ديناً غير مستحق عليه ، ولما كان الدافع لا يعلم عادة بذلك إلا بعد انقضاء مدة من قيامه بالدفع ، فإن سريان هذا التقادم القصير يبدأ فى الغالب متأخراً عن سريان التقادم الطويل الذى سيأتى بيانه . وقد يتفق ، مبدأ السريان فى كل من المدينين إذا كان الدافع لم يدفع عن غلط ، بل دفع مكرهاً أو كان ناقص الأهلية ، فإنه يكون عندئذ عالماً بحقه فى الاسترداد وقت قيام هذا الحق .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . ويقوم الالتزام من يوم دفع غير المستحق كما سبق أن بينا . وقد يبدو أن هذه المدة أطول بكثير من المدة الأولى ، وأن الدعوى تتقادم بالمدة الأولى قبل تقادمها بالمدة الثانية . وهذا صحيح فى السكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن قد يقع — كما رأينا فى دعوى الإثراء — أن الدفع لا يعلم بفطله إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة ، فإن الدعوى تتقادم فى هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم الدافع بحقه فى الاسترداد . وهذا ما قدره التقنين الجديد فحفظ له كما تحوط فى دعوى الإثراء^(١) .

(١) وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت العلم حتى لو كان المدفوع له سميء أنية بل وحتى لو استعمل طرق النش للاستيلاء على ما أخذ . على أن محكمة النقض قضت فى ظل القانون القديم أن الدعوى تسقط بخمس عشرة سنة لإخمس سنوات (المدة القصيرة فى الدعاوى التجارية) متى كان المدفوع له قد استعمل أساليب النش حتى استخلص لنفسه ما أخذه من الدافع . وهذا هو المبدأ الذى قرره محكمة النقض : « إذا كانت المحكمة قد ارتكبت فى قضائها للدعى على المدعى عليه برد ما استلبه بطريق النش على ما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى والتحققات المتفاعة بها من أنه قد استعمل أساليب النش حتى استخلص لنفسه من »

افغ الثاني

الفضالة (*)

(Gestion d'affaires)

٨٥٦ — تكلم في الفضالة على أركانها ثم على أحكامها.

للدعي بلا وجه حق ولا مسوغ المبلغ الذي ألزمته برده ، فإن ذلك كاف وحده لصحة قضائها دون حاجة لبحث وتكييف العلاقة القانونية التي توصل بها المحصن إلى التندليس الذي ارتكبه . وإذن فلا يقبل الدفع بسقوط هذه الدعوى لمضي خمس سنين على اعتبار أن للعلاقة بين المدعي والمدعى عليه إنما كانت تجارية ، لأن النش التي أثبتت المحكمة وقوعه يهيم كل اعتبار لهذه العلاقة « (نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٤ من ٥٣٢) .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت مبالغ المأكل التي استولى عليها الطاعن قد دفعت ونشأ الحق في استردادها إق طل القانون المدني الملغى واستمر هذا الحق قائماً إلى تاريخ العمل بالقانون المدني الجديد فان الدعوى باستردادها لا تسقط إلا باقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بجهته في الاسترداد أو باقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ نشوء هذا الحق ، أي المدتين أقصر ، نقض مدني في ٤ من مايو سنة ١٩٦١ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٢ من ٤٣٧ رقم ٦٣] .

(*) المراجع : دي هلتس الجزء الثاني (Gestion d'affaires) — والتون الجزء الثاني — عبد السلام ذهني في الالتزامات — محمود هية في الالتزامات — محمد صالح في أصول التصديقات — الموجز في الالتزامات للدولف — [أحمد حشمت أبوسنت في مصادر الالتزامات فقرة ٦٠٩ — ٦٣٥ — عبد الحى ججازى في مصادر الالتزامات — محمد كامل مرسى في المصادر غير المقدية — أنور سلطان في مصادر الالتزامات فقرة ٦٢١ — ٦٥١ — سليمان مرقس فقرة ٥٨١ — ٦١٤ — عبد النعم فرج الصده فقرة ٥٧٨ — ٦٠٣] — بلانول ورييرو إسحاق الجزء السابع — ديموج الجزء الثالث — بلانول ورييرو وبولانجيه الجزء الثاني — كولان وكايتان الجزء الثاني — چوسران الجزء الثاني — جوبليه (Goublet) رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ — فيزيوز (Vizion)، رسالتين بوردوسنة ١٩١٢ — جيلو (Gulliot) رسالة من رن سنة ١٩٢٨ — مارويوت (Marlutte) رسالة من كان (Caen) سنة ١٩٣٠ — بيكار (Picard) في الحجة الفعلية للقانون المدني سنة ١٩٢١ من ٤١٩ وما بعدها ، وسنة ١٩٢٢ من ٥ وما بعدها — فلانیه (Plattet) في العقود لحساب الغير — [مارتى ورييرو ج ٢ من ٢٩٩ بند ٣٣٧ — دي باج ج ٢ من ١٠٤١ بند ١٠٦٨ — بيلان ج ٩ مكررس ٣١٣ بند ١٦٩٣ — مقال لفرانسوا جورويه في دالوز سنة ٥٣ ، باب المقاتلات ، من ٣٩ ويجهته في موسوعة دالوز تحت كلمة « فضالة »] .

المبحث الأول

أركان الفضالة

٨٥٧ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٨٨ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

« الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملازماً لذلك ^(١) » .

ونصت المادة ١٨٩ على ما يأتي :

« تتعق الفضالة ولو كان الفضولى فى أثناء توليه شأنًا لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشائنين من الارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر »^(٧).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٦٢ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة بعد أن أبدت كلمة « أتيزا » بكلمة « ملزاً » . وأصبح رقم ١٩٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ١٩٣ . وفي لجنة القانون للمدى لمجلس الشيوخ رأى سعادة رئيس اللجنة حذف المادة لأنها أوردت تعريف الضالة وأنه ليس من الحكمة لإيراد التصاريح في القانون ، بل الحكمة تقضى بإيراد الأحكام فقط ، ولكن أغلبية اللجنة وافقت على إبقاء المادة وأصبح رقمها ١٨٨ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٥ — ص ٤٦٦) .

التقنيات المدنية العربية الأخرى : الرومي م ١٨٩ (مطابق) البجي م ١٩١ (مطابق) . العراق
لا مقابل - الثاني م ١٤٩ - ١٥١ وم ١٥٣ (موافق) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٦٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « تقوم
الغرفة حتى لو كان القرض مدفوعاً في الوقت الذي يتولى فيه شأناً لنفسه إلى القيام بشأنه بغير وجود
ارتباط بين الشأين لا يمكن منه القيام بأحداهما منفصلاً عن الآخر » . وفي لجنة المراجعة لم يجر تعديل
تعديلات لفظية ، فأقرت اللجنة النص تحت رقم ١٩٤ على الوجه الآتي : « تحت لفظة وفي كان القرض
في أثناء توليه شأناً لنفسه قد اندمج إلى القيام بشأن غيره لا بين الشأين من ارتباط لا يمكن منه القيام
بأحداهما منفصلاً عن الآخر » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٤ . وفي لجنة
القانون المدني بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة على المادة مع استبدال كلمة « وفي » بـ « ببارع » قد اندمج إلى
القيام » . وأصبح رقم المادة ١٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما هي في لجنة القانون المدني .
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٧ — ص ٤٦٩) .

التقنيات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٩٠ (مطابق) — الليبي م ١٩٣ (مطابق) المراتي
لا مقابل — الثاني لا مقابل .

ونصت المادة ١٩٠ على ما يأتي :

« تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي »^(١).

ويقابل هذه النصوص التي اشتمل عليها التقنين المدني الجديد نص واحد في القانون المدني القديم هو نص المادة ٢٠٥/١٤٤ ، وقد جرت بما يأتي :

« من فعل بالتقصّد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر ، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التي صرفها والخسارات التي خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة » .

ونص القانون القديم مبهم مضطرب المعنى ، فهو ليس صريحاً في الانصراف إلى الفضالة في خصوصها ، ولا هو يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب في عمومها^(٢) . وقد أزلت نصوص التقنين الجديد هذا الإبهام والاضطراب^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٦٤ من المشروع التمهيدي كما هو . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١٩٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٦ . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩٠ . ووافق عليه بعد ذلك مجلس الشيوخ دون تعديل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ — ص ٤٧٢) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري ١٩١ (مطابق) — الليبي م ١٩٣ (مطابق) — العراق لاحقاً — اللبناني م ١٥٤ — ١٥٥ (موافق) .

(٢) وقد سبق الإشارة إلى ذلك عند الكلام في قاعدة الإثراء بلا سبب . أنظر دي هلتس ٢ ص ١٩٠ فقرة ٤ — والتون ٢ ص ١٤٠ — ١٤١ — الموجز للژولف ص ٤٠٣ — ص ٤٠٤ .
أحمد حشمت أبوسيت ص ٤١٠ فقرة ٥٦٦ — عبد السلام زعني في الالتزامات فقرة ٦٩٠ .
بصوروس في تليفاته على القانون المدني ص ٢٣٣ في الهامش .

(٣) جاء في الذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « لا يتضمن التقنين المصري الحالي (القديم) بشأن الفضالة سوى نص واحد ، اختلطت فيه شروط الفضالة بآثار الإثراء بلا سبب . وقد استبدل المشروع بهذا النص سلسلة متصلة الحفلات من اللواذ عرض فيها تحديد نطاق الفضالة وآثارها تحديداً واضحاً . والحق أنه من الأهمية بكان إضاح ما يفرق من الحدود بين مبدأ الإثراء بلا سبب في عمومها وبين الفضالة باعتبارها تطبيقاً خاصاً لهذا المبدأ . فيجب أن تتوافر شروط أربعة حتى يكون لواقعة من وقائع الإثراء شخصيات الفضالة ، وتعديل آثارها تقريباً على ذلك . فلذا تخلف شرط من هذه الشروط =

٨٥٨—أركان ثلاثة لفاتحة : ويتبين من هذه النصوص الجديدة التي قدمناها أن الفضالة تتحقق بقيام أركان ثلاثة^(١) :

- (١) أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر . وهذا هو الركن المادى .
 - (٢) أن يقصد ، فى قيامه بهذا الشأن العاجل ، مصلحة رب العمل . وهذا هو الركن المعنوى .
 - (٣) ألا يكون ، إزاء هذا الشأن العاجل ، ملتزماً به ولا موكلًا فيه ولا منهياً عنه . وهذا الركن يمكن أن يطلق عليه الركن القانونى^(٢) .
- ونستعرض هذه الأركان الثلاثة .

== لم يكن ثمة محل لإعمال الأحكام المتعلقة بهذا التطبيق الخامس ، وتعين الرجوع إلى البدأ العام « . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠) . وجاء فى موضع آخر فى هذا الشأن ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالفضالة فقد نص على توافر صفة الاستعجال فيما يتصدى الفضولى للقيام به . فهذه الصفة هى علة ما يترتب على الفضالة من نيابة قانونية ومناط تفسير ما يفرع عليها من حقوق والتزامات . وقد عني للمشروع بإيضاح الحدود التى تفرق بين نطاق تطبيق الفضالة ونطاق تطبيق الإثراء بلا سبب ، وعلى الوجه المخصوص فيما يتعلق بأحوال الفضالة التى يتولى فيها الشخص شؤون غيره معتقداً أنه يتولى شأن نفسه ، أو التى يتصدى فيها الشخص لشؤون غيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير « . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٠) .

(١) وقد لحظت محكمة استئناف مصر الأهلية أركان الفضالة وأحكامها فى حكمها الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ (المقامة ٧ رقم ٣٣٩ ص ٤٧٨) .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن المشرع اشترط فى المادة ٧٠٢ من القانون المدنى وجود وكالة خاصة للرئاسة أمام القضاء ولم يكتب بالوكالة العامة . ومن ثم فلا يمكن القول بقيام فضالة فى التناضى إذا لم تتوافر هذه الوكالة الخاصة : قضى مدنى فى ١٩ من فيونيه سنة ١٩٦٣ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٨٢٩ رقم ١١٢]

المطلب الأول

قيام الفضولى بشأن عاجل لرب العمل

٨٥٩ - عناصر هذا المركب : أول ركن للفضالة هو أن يقوم الفضولى بشأن عاجل لرب العمل . وهذا الشأن قد يكون تصرفاً قانونياً أو يكون عملاً مادياً . وهو فى الحالتين يجب أن يكون عاجلاً .

١ § - تصرف قانونى أو عمل مادى

١ - التصرف القانونى :

٨٦٠ - كيف يقوم الفضولى بتصرف قانونى : يصبح أن يكون الفضولى وكيلاً فى الأصل عن رب العمل ، ولكنه يجاوز حدود الوكالة عالمياً بذلك أو غير عالم ، فهو فيما جاوز فيه هذه الحدود فضولى^(١) . أو يستمر فى العمل باسم الأصيل بعد انتهاء الوكالة ، سواء علم بانتهاء الوكالة أو لم يعلم ، فهو فضولى فيما قام به بعد انتهاء وكالته^(٢) .

ولكن قد يعمل الفضولى دون وكالة أصلاً . فيقوم بتصرف قانونى باسم رب العمل . مثل ذلك أن يقبل هبة صدرت من الواهب إلى رب العمل ، أو أن يؤجر عيناً شائعة بينه وبين رب العمل^(٣) ، أو أن يبيع محصولات زراعية لرب العمل مما يسمع إليه التلف ،

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية التجارية الوطنية بأنه إذا باشر الوكيل بالمولة صفقة ما بشروط أفيد لموكله عادت الفائدة على الموكل . فإن تسلم ثمناً للبيع يزيد على الثمن الحقيقي وحجبه لنفسه اعتبر خائناً للأمانة وحق عليه العقاب (٩ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٤٠ ص ٧٨٧) .

(٢) قارن ما قضت به محكمة التمس من أن الوكيل الذى يظل يتابع عمله بعد موت موكله لصالح الورثة مع علمهم بذلك يكون وكيلاً عنهم لا مجرد فضولى (نقض ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨) .

(٣) انظر فى فروس يكون فيها المالك فى الصبوع فضولياً : استئناف وطنى فى ٢ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ١٤٢ - استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩١ - وفى ١٠ مايو =

أو أن يوفى بضريبة واجبة على رب العمل توفيقاً للحجز الإداري^(١) ، أو أن يقبل اشتراطاً لمصلحة رب العمل حتى يصبح الاشتراط باتاً لا يتحول عنه^(٢) . ونرى من ذلك ذلك أن التصرفات القانونية التي يقوم بها الفضولي قد تكون من أعمال الإدارة وقد تكون من أعمال التصرف .

٨٦١ — ما يترتب على صدور التصرف القانوني باسم رب العمل : وقد قدمنا أن الفضولي يقوم بالتصرف القانوني باسم رب العمل ، كأنه وكيل عنه دون أن تكون هناك وكالة . ويترب على ذلك :

- (١) إذا توافرت جميع أركان الفضاة الأخرى ، وقع التصرف نافذاً مباشرة في حق رب العمل كما لو كان الفضولي وكيلاً عنه . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي .
- (٢) ليس من الضروري أن يكون الفضولي ذا أهلية كاملة لمباشرة التصرف القانوني الذي تولاه باسم رب العمل ، شأنه في ذلك شأن الوكيل . ويمكن أن يكون من أهل التمييز .

== سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٤ — وفي ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠٩ — محكمة الإسكندرية الاجتماعية المختلطة في ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ جازت ٤ رقم ١٢٨ ص ٣١٧ .

وفي إحدى القضايا أجر زيد أحد الشركاء في ملك مشاع قطعة أرض إلى بكر عن نفسه وبالنابة عن شركائه ، واشترط في عقد الإجارة دفع الأجرة إليه أو إلى من يحوله بها ، وحول الأجرة إلى عمرو . ومع ذلك دفع بكر إلى خالد أحد الشركاء في الشيوع جزءاً من الأجرة يعادل نصيبه في الملك المشاع . فرفع عمرو دعوى على بكر بحلاله بالأجرة ، وكان خالد خصماً فيها ، وأقر خالد الإجارة ولم يقر التحويل . فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بصحة الدفع الحاصل من بكر إلى خالد (١٤ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ١/٦٨) .

- (١) استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ ص ٩٩ .
- (٢) مثل ذلك أيضاً أن يقبض الفضولي حقاً لرب العمل نيابة عنه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التعويض الذي يستحقه المتأجر من الباطن بسبب تعرض السلطة العسكرية له في اختناقه بالعين للؤجرة واستغلالها على هذه العين إنما هو دين يترتب في ذمة السلطة العسكرية لا في ذمة المالك . ومع ذلك إذا سوت السلطة العسكرية الحساب مع المالك ، ودخل في هذا الحساب التعويض الواجب للمتأجر من الباطن ، لم يكن لهذا الأخير إلا الرجوع على المالك باعتباره فضولياً نائب عنه في قبض حقه من السلطة العسكرية (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٢) . أظن أيضاً في هذا المعنى محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازت ١٢ رقم ٨٨ ص ١٥٨ .

(٣) وعلى عكس ما تقدم يجب أن يكون رب العمل أهلاً للتصرف القانوني الذي تولاه الفضولي عنه ، لأنه يقع نافذاً مباشرة في حقه كما قدمنا^(١) .

(٤) ينحصر ، من ناحية الإثبات ، التصرف القانوني الذي تولاه الفضولي باسم رب العمل للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية . فإذا كان التصرف عقداً ، لم يميز إثباته فيما يماز عشرة الجنهات إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها وإلا بالإقرار أو اليمين .

٢ — العمل للادى :

٨٦٢ — جواز أنه يكون عمل الفضولى عملاً مادياً : هناك من يرى أن العمل الذى يقوم به الفضولى يجب أن يكون دائماً تصرفاً قانونياً قياساً على الوكالة^(٢) . ولكن هذا الرأى مرجوح ، ويصح أن يقوم الفضولى بعمل مادى كما يقوم بتصرف قانونى ، وفي هذا تختلف الفصالة عن الوكالة^(٣) .

والعمل للادى الذى يقوم به الفضولى قد يكون عملاً مادياً بالنسبة إلى رب العمل ، وقد يكون عملاً مادياً في ذاته .

٨٦٣ — العمل المادى بالنسبة إلى رب العمل : فالفضولى عندما يتعاقد باسمه الشخصى ، أو باسم رب العمل ، بشأن عاجل من شؤون رب العمل ، يكون قد قام بتصرف قانونى فيما بينه وبين الغير الذى تعاقد معه . ولكن هذا التصرف القانونى

(١) انظر مم ذلك بلانول وريير وبولابيه ٢ فقرة ١٧٢٣ ، وحكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليه في هذا المرجع (٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٠ سيرة ١٩١٢ — ١ — ٣٣٧) .

[وفانز أحمد شمت أبو سقيت فقرة ٦٣٠ من ٥٧١ — وأنور سلطان فقرة ٦٤٦ من ٥٨٥ — وعبد النعم فرج الصدة فقرة ٦٠١ من ٦٤٢ حيث يرون أنه لا يشترط في رب العمل الأهلية اللازمة للتصرف المفقود لأن مصدر التزام رب العمل ليس لإرادته بل القانون — وانظر في هذا المعنى : مارتى ورنو ج ٢ بند ٣٤٧ من ٣٠٥ — ميدان ج ٩ مكرر بند ١٧١١ من ٣٣٠ — دى باج ج ٢ بند ١٠٧٧ من ١٠٥٤] .

(٢) انظر في بحث هذا الرأى وتقدمه والتون ج ٢ من ١٥١ — من ١٥٢ .

(٣) [انظر ميدان ج ٩ مكرر بند ١٧٠٣ — دى باج ج ٢ ميدان ١٠٧٦ — مارتى ورنو ج ٢ بند ٣٣٩] .

يعتبر عملاً مادياً بالنسبة إلى رب العمل . مثل ذلك أن يتعاقد الفضولي مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل من خلل يتهدهه بالسقوط ، أو أن يتعاقد مع طبيب لعلاج رب العمل من مرض دمه واقتضاه إسعافاً سريعاً ، أو أن يتعاقد مع معلم يعطى دروساً خاصة لرب العمل ، أو أن يقوم بدفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته ، أو أن يفي بدين على رب العمل ليجنبه الحجز على ماله ^(١) .

ولما كان هذا التصرف القانوني الذي قام به الفضولي يعتبر عملاً مادياً بالنسبة إلى رب العمل ، فإنه يجوز لرب العمل في رجوعه على الفضولي أن يثبت هذا التصرف بالينة وبالقرائن ولو زادت قيمته على عشرة جنهات ^(٢) . كذلك يجب أن يكون الفضولي ذا أهلية كاملة للتصرف الذي تولاه ولا يكفي فيه أن يكون من أهل التمييز ، وهذا إذا لم يتعاقد نائباً عن رب العمل ، بل تعاقد باسمه الشخصي ، فانصرف أثر العقد إليه ، وسنرى فيما يلي تفصيل ذلك .

٨٦٤ — العمل المادى فى ذاته : وقد يقوم الفضولى بعمل مادى فى ذاته ، كأن يقطع التقادم فى حق مهدد بالسقوط لرب العمل ، أو أن يقيد رهناً لمصلحة رب العمل ، أو أن يحدد قيد الرهن ، أو أن يعطى حريقاً اشتعلت فى منزل لرب العمل ، أو أن يحنى محصولاً لرب العمل يخشى عليه من التلف إذا لم يحن ، أو أن ينقى زراعة رب العمل من دودة القطن ، أو أن يكبح جماح حصان أو شوك أن يلقى برا كبه إلى الأرض ، وما إلى ذلك

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شريك فى الشبوع باسمه الخاص ، وعلى رأى ومسمع من شريكه الآخر ، محصول القطن الناتج من الأرض المملوكة للشبوع ، كان فى تصرفه بالنسبة إلى شريكه فضولياً ينبو عنه فى البيع وفى قبض الثمن (١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ م ٩١) .

(٢) [انظر أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦١١ م ٥٥٩ وأنور سلطان فقرة ٦٢٥ م ٥٧٥ وعبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٨١ م ٦٢٦ وصلاح الدين التامى م ٢١١ ، وفارن سليمان مرقس حاشى ٢ م ٨٠٠ حيث يرى أن العقد الذى يبرمه الفضولى باسم رب العمل يعتبر عملاً قانونياً بالنسبة لرب العمل لأنه يحدث آثاره فى ذاته مباشرة ومن ثم إذا أراد المتعاقد مع الفضولى أن يتسكك به على رب العمل وجب عليه إثباته بالكتابة وكذلك إذا أراد رب العمل أن يتسكك بهذا العقد كان الأصل أنه يجب عليه أن يثبت به بالكتابة كما هو شأن الوكيل فيما يتعلق بالعقد الذى يبرمه وكيله ، ولذا يجوز الإثبات بالينة لوجود مانع منه من الحصول على دليل كتابى لكون نائبه قد فرض عليه فرضاً] .

من الأعمال المادية التي تكون من الشؤون العاجلة لرب العمل^(١) .

وغنى عن البيان أن هذه الأعمال المادية تثبت بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن^(٢) .

§ ٢ — شأن عاجل لرب العمل

٨٦٥ — مجرد النفع لا يكفي : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وهى تذكر أركان الفضالة إن من بين هذه الأركان « أن يكون ما يتصدى له الفضولى (شأناً عاجلاً) ، فليس يكفي لتبرير الفضولى أن يكون التصدى نافعاً أو مفيداً ، بل لابد أن يكون ضرورياً »^(٣) .

(١) وقد اعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة قيام مجلس الصحة البحرية والكورنقينات بتحويل فريق من الحجاج جنحت بهم سفينتهم فأترتهم في الحجر عملاً من أعمال الفضالة قام به المجلس لمصلحة أصحاب السفينة الجانحة (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٧) . وكذلك اعتبرت عملاً من أعمال الفضالة إدارة الشؤون المتعلقة بدير سيناء ، وهى شؤون كان الأرشيبونديت جولاهاف مدينة كيف بمقتضى توكيل عام ، ثم اعتزل الوكالة ، ولكنه بقي بعد ذلك يدير هذه الشؤون دون وكالة إلى أن احتلت الجنود السوفيتية مدينة كيف (٢٣ يولية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧٤) واعتبرت أيضاً عملاً من أعمال الفضالة انحراف سفينة عن طريقها المادى لماونة سفينة أخرى والسير بها إلى الميناء التى تقصدها (١٨ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ١٨٤) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية « أن عمل شخص لمصلحة شخص آخر بقصد جلب المنفعة إليه بعد شبه عقد يترتب عليه التزام من عادت عليه المنفعة ولو كان عديم الأهمية بدفع مقابل لذلك الشخص الذى تربى على فله جلب المنفعة ، ويموز إثبات شبه العقد هذا بجميع طرق الإثبات ، بما فيها البيئة وقرائن الأحوال ، فخطيب الموتى لما فيه من حفظ الجثة من التلف عاجل ولا فيه من تسهيل قفله من ديار القرية إلى الوطن حيث تقيم العائلة ، فيه ولا شك منفعة للعائلة التى ترغب بمقتضى الموائد أو القوائد أن تكون الجثة مدفونة في ضريحها الخاص حيث تسهل زيارتها . وهذه المنفعة تولد شبه عقديستحق مقابلاً . والخطيب عمل مستقل من أعمال الطبيب لا يدخل فيها هو مسئول عنه للمتوفى من العاجلة أثناء حياته ، ولذلك فهو يستحق عليه أجراً مستقلاً ، وللعلماء أن تقدير قيمته في حالة عدم الاتفاق عليه من قبل » (٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص ١٠٩) .

(٣) مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ٤٧١ .

[على أن الفقه الغربى يرى أنه يكفي لأن يكون عمل الفضولى نافعاً وقد استقر القضاء الفرنسى على =

وإذن لا يكفي مجرد النفع أو الفائدة يجلبه الفضولى لرب العمل . فلا يجوز مثلاً أن يقدم الفضولى لشراء صفقة من أرض أو بناء لحساب رب العمل لجرد أنها صفقة رابحة ، أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحساب رب العمل لجرد أن الأخذ بالشفعة يعود عليه بالنفع ، أو أن يقيم بناء على أرض فضاء مملوكة لرب العمل لجرد أن إقامة البناء تمكنه من استغلال الأرض استغلالاً مفيداً ، أو أن يقسم مالا شائعاً لرب العمل لجرد أن يجنبه مضار الشيوع^(١) . في كل هذه الفروض نرى أن عمل الفضولى عمل نافع ، بل قد يكون محقق الفائدة ، ولكنه ليس من الشؤون العاجلة لرب العمل . فلا يجوز للفضولى أن يتدخل فيها . وإذا تدخل فلا يكون فضولياً ، ولا يلزم رب العمل فى شيء ، بل قد يكون تدخله خطأ يستوجب مسئولية التقصيرية . ولكن إذا رأى رب العمل أن يجيز تدخل الفضولى ، فإن الإجازة تجعل العمل ينفذ فى حق المجيز وفقاً للقواعد العامة .

٨٦٦ — بل ب أنه يكونه العمل « ضرورياً » : وإنما يتعين أن يكون العمل الذى يقوم به الفضولى هو من « الشؤون العاجلة » لرب العمل . فلا يكفي أن يكون نافعاً حسب ، بل يجب أن يكون ضرورياً . ومعنى « الضرورى » هنا أن يكون العمل الذى قام به الفضولى من الشؤون التى ما كان رب العمل ليتوانى فى القيام بها . فقام به الفضولى ناظراً إلى مصلحة رب العمل . نرى ذلك متحققاً فيما قدمناه من الفروض : قبول الهبة عن رب العمل ، إيجار عين شائعة لرب العمل ما كانت تستغل بغير هذا الإيجار ، بيع محصولات يسرع إليها التلف ، دفع ضريبة توكياً لحجز إدارى ، قبول اشتراط لمصلحة

== هذا رأى : يبدان ج ٩ مكرر بند ١٧٠١ ص ٣٢٠ — دى باج ج ٢ ص ١٠٤٩ بند ٢٠٧٤ — مارق وريو ج ٢ بند ٣٤٠ ص ٣٠٣ .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن الفضولى لا يجوز له أن ينزل عن حق لرب العمل ، وخاصة إذا كان هذا قد عاد من غيبته (٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ ص ١٣٢) — وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختطة بأنه لا يدخل فى أعمال القضاة عقود التمر ولا عمليات البورصة (١٧ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٤٠ ص ٣٥٥) — انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختطة فى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ ص ٢٣٣ .

رب العمل ، التعاقد مع مقاول لإصلاح منزل مهدد بالسقوط ، التعاقد مع طبيب لإسعاف
رب العمل من مرض دمه ، التعاقد مع معلم لإعطاء درس ضروري لرب العمل ، دفع
المصروفات للدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته ، الوفاء بدين على رب
العمل منعاً للحجز على ماله ، قطع التقادم في حق مهدد بالسقوط ، قيد رهن أو تجديد القيد ،
إطفاء حريق ، جنى محصول يخشى عليه من التلف ، تنقية الزراعة من دودة القطن ،
الإسكاف بزمام حصان جاح . كل هذه أعمال - قانونية أو مادية - هي من الشؤون
الماجلة لرب العمل ، وما كان هو ليتوانى في القيام بها^(١) .

ويفهم مما قدمناه في تحديد معنى « الشأن الماجل » أن قيام الفضولي بهذا الشأن ،
إذا هو بذل فيه العناية الواجبة ، يؤدي إلى نفع محقق لرب العمل . ومن هنا اشترط بعض
الفقهاء في الفصالة أن يتم عمل الفضولي بنجاح^(٢) .

وهي قام الفضولي بالعمل الذي تولاه ، وعاد ذلك بالنفع على رب العمل ، فإنه
يستوى بعد هذا أن يبقى هذا النفع أو يزول . فلو أن الفضولي أصالح منزلاً لرب العمل ،
ثم احترق هذا المنزل ، لبقى للفضولي حق الرجوع على رب العمل بما أنفق من المصروفات .
وهذا هو عين للبدا الذي قررناه في قاعدة الإثراء بلا سبب . وسنعود إلى تفصيل ذلك
فيما يلي .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخايل من الغير عملاً من أعمال الفضولي ،
لذا لا يتوافر فيه ما يشترط توافره في عمل الفضولي الذي يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل
ضرورياً بالنسبة لرب العمل : قض مدني في ٥ من إبريل سنة ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٣
م ٤١٤ رقم ٦١] .

(٢) انظر في هذه المسألة محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ يونيو سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للمحاكم
المختلطة ٣ ٢٧٩ — وفي ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٣٢٨ — وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧
م ٥٩ من ١٦٩ . وانظر بلانيول وريير وبولانجي ٢ فقرة ١٢١٦ .

ولكن ليس من الضروري أن يصل نجاح الفضولي إلى حد تحقيق النتيجة المرجوة من تدخله ، فقد
نصت المادة ١٩٥ على أنه « يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص
المادي ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة » .

المطلب الثاني

نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل^(١)

٨٦٧ — هذا هو الركن المعنوي في الفضالة كما قدمنا . وقف هنا عند النية والقصد . فلا تقوم الفضالة إلا إذا انصرفت نية الفضولي ، وهو يتولى شأنًا لغيره ، إلى أن يتولى هذا الشأن لمصلحة رب العمل .

والفضولي في هذه النية إما أن يكون على بينة من أمره ، وإما أن يكون على غير بينة .

§ ١ — الفضولي على بينة من أمره

٨٦٨ — القصد عند الفضولي هو الذي يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب : فينبغ أن يكون الفضولي على بينة من أمره ، وتنصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة رب العمل . وهذه النية هي التي تميز ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب^(٢) . والفضولي إنما يعرف بهذه النية ، فهو متفضل لأنه لا يعمل لمصلحة نفسه بل يعمل لمصلحة غيره . وقد رأينا ذلك محققًا في أعمال الفضالة التي استعرضناها فيما تقدم . والفضالة من التفضل لا من التطفل .

أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة نفسه ، فإنه لا يكون فضوليًا حتى لو عاد تدخله على الغير بنفع . ولا يرجع في هذه الحالة بدعوى الفضالة ، وإنما يرجع بدعوى

(١) [انظر مارتن وريشوج ٢ بند ٣٤١ ص ٣٠٤ — بيدان ج ٩ مكرر بند ١٧١٤ ص ٣٣٣ وبند ١٦٩٧ ص ٣١٨ — دي باج ج ٢ ص ١٠٤٩ بند ١٠٧٤ — ديموج ج ٣ ص ١٠] .

(٢) وتميز أيضاً ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير . فقد رأينا في الاشتراط لمصلحة الغير أن المشرط له مصلحة شخصية في الاشتراط ، أما الفضولي فليست له مصلحة شخصية في الفضالة ولا يقصد إلا مصلحة رب العمل .

الإثراء إذا توافرت شروطها . مثل ذلك أن يقوم المستأجر بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة حتى يستوفى منفعة العين لنفسه ، فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضولياً لأنه . يعمل لمصلحة نفسه ، ويرجع على المالك بدعوى الإثراء كما قدمنا^(١) .

٨٦٩ — جواز أنه يعمل الفضولي لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل في وقت معاً : وليس من الضروري أن تتمحض نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل وحده ، بل يجوز ، كما تقول المادة ١٨٩ « أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي ، في أثناء توليه .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن « عل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضولي هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضولي لحساب المالك لا لحساب الخامس لفرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً . فستأجر الأرض القى يجرى تعديلات بها ويقيم مباني ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصي ، رغم المخاطر الصريح عليه في عقد الإيجار بعدم إجراء شيء من ذلك إلا بأمر المالك ، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثته بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التعديلات في العين المؤجرة » (٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٨ س ١٧٥ — المحاماة ١٨ رقم ٧٧ س ١٥٠) . وقضت محكمة المشية بأن « أعمال الفضولي ... شروطها أن يكون الفضولي قد انصرف جهده وانجبه غرضه في عمله إلى منفعة رب المال ، وأن يكون قد عاد على هذا الأخير فائدة مباشرة لم تكن وليدة المصادفة ، فلا يجوز لمن قام بعمل لفائدة نفسه أن يرجع على غيره لمجرد أنه استفاد من عمله بالنجعة » (٢٣ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٢٣٣ س ٥٣٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حامل السند الذي يقاضى الشركة من سنده لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى سائر حاملي السندات (٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ س ٣٢٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا قدم الشرك حصته في الشركة عقاراً متقلاً بمحكر فإنه لا يكون ملزماً بشراء المحكر ولا يرد الثمن الذي رأت الشركة أن تشتري به المحكر ، وكل ما تملكه الشركة قبله هو أن ترجع عليه بدعوى الإثراء إذا أنه من تخليص المقار من حق المحكر (٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ س ١٩٥) ، ولم تحسم المحكمة الشركة فضولياً لأنها عملت لمصلحة نفسها لا لمصلحة الشرك — انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ س ١١٣ ، ومحكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير ١٩١٧ جازت ٧ رقم ٩٠ س ٢٦٥ . وانظر في القضاء الفرنسي محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ يونيو سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣ ١ — ٢٢٣ — سيريه ١٩٢١ ١ — ١٢ (وهو منشور في « الأحكام الرئيسية لقضاء المدن » لكاييتان باريس سنة ١٩٥٠ — ٤٢٧ — ٤٢٩ — وقد أشار للحكم آخر من محكمة النقض الفرنسية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ س ٩٨ — وأشار إلى : كولان وكاييتان ٢ فقرة ١٣٧٥ — بلانيول وريير وبولانجي ٢ فقرة ١٢١٣ — بلانيول وريير وإسمان ٧ فقرة ٧٢٧ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٩٧ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٤١ س ٢٩٥ — ٢٩٦) .

شأنًا لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشائنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر . فالشريك للشتاع يؤثر العين الشائعة ، فيستغلها لمصلحة نفسه ، ولمصلحة شريكه في الشيوع ، فهو فضولي بالنسبة إلى شريكه لأنه عمل لمصلحة ههنا والشريك ، ولا يمنع من ذلك أنه عمل في الوقت ذاته لمصلحة نفسه ، بل لا يمنع من ذلك أنه عمل لمصلحة نفسه أولا ، وأنه ما كان يعمل لمصلحة شريكه لولا مصلحته هو . فلهم أن يكون قد عمل لمصلحة شريكه على وعى منه ، حتى لو كان مضطراً إلى ذلك لما بين مصلحته ومصلحة شريكه من ارتباط لا يمكن معه القيام بمصلحة نفسه دون القيام بمصلحة شريكه^(١) . وفي هذا أقول للذكر الإيضاحية للشروع التمهيدى : « بيد أن الأمر يظل محصوراً في نطاق الفضالة ما بقيت النية المذكورة قائمة ، ولو تولى الفضولي شأن الغير وشأن نفسه في وقت واحد بسبب ارتباط هذين الشائنين على نحو لا يتيح له القيام على أحدهما استقلالاً عن الآخر ، كما هو شأن الشريك للشتاع عن إدارة المال المشاع »^(٢) .

§ ٢ — الفضولي على غير يئنة من أمره

٨٧٠ — لا يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره : وقد لا يكون التدخل في شؤون الغير على يئنة من أمره ، فتصرف نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره . فلا يكون فضولياً في هذه الحالة لأن العبرة بالنية . فتي انصرفت نيته إلى العمل لمصلحته الشخصية ارتفعت عنه صفة الفضولي ، حتى لو كشف

(١) ولكن إذا عمل سمار لمصلحة أحد التباين حتى تمت الصفقة فإنه لا يجر فضولياً بالنسبة إلى التباين الآخر (استئناف مخطوط في ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٩) . وكذلك إذا عمل عام لمصلحة موكله حتى كذب القضية فإنه لا يجر فضولياً بالنسبة إلى المتنازعين الآخرين الذين لم يوكوله وكانت لهم مصلحة مشتركة مع موكله (استئناف مخطوط ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ .

بعد ذلك أنه كان يعمل لمصلحة غيره أو لمصلحة نفسه ومصلحة غيره في وقت واحد . فلو أن منزلاً كان في حيازة شخص واعتقد الحائز أنه يملك المنزل ، فأجرى فيه إصلاحات ضرورية لمصلحته هو ، ثم تبين بعد ذلك أن المنزل ملك لغيره أو أنه شائع بينه وبين غيره ، فلا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى هذا الغير ، ولا يرجع عليه بدعوى الفضاة بل بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها . وفي هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدى ^(١) : « تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عند ما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ، وهي تستعرض ركناً من أركان الفضاة ، ما يأتي : « ثالثاً — أن يتصدى الفضولي لشأن الغير عن بينة أو عن قصد ، ومؤدى هذا أن تنصرف نية الفضولي إلى القيام بما يتصدى له لحساب رب العمل ، فإذا لم تتوافر هذه النية بأن اعتقد الفضولي وهو يتولى شأن الغير أنه يقوم بشؤون نفسه خرج الأمر عن نطاق الفضاة وطبقت قواعد الإثراء » ^(٢) .

٨٧١ — ولكن يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا به يعمل لمصلحة

شخص آخر : أما إذا انصرف نية التدخل إلى العمل لمصلحة غيره فإنه يكون فضولياً كما قلنا ، حتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة هذا الغير كوكيل عنه وهو ليس بوكيل ، وحتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة شخص معين فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر ^(٣) . فالهم هو أن

(١) وقد حذفت هذه المادة بفقرتها في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ « لأنها تتصدى لجزئيات يدخل بعضها في نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة في مواد الإثراء بلا سبب » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٦٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٧١ . وانظر في هذه المسألة استئناف مختلط في ٢٢ مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٨٩١ — وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٧ .

(٣) محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ١٢١ ص ٣٧٥ .

[ويفرق البعض بين ما إذا كان لشخصية المفضل عليه اعتبار خاص لدى المفضل أم لا ، ففي المسألة الأخيرة يكون العمل فضاة قطعاً ، أما في الأولى فإن الاعتبار الشخصي إذا كان هو المانع إلى قصد المفضل ، =

تصرف نية الفضولي إلى العمل لمصلحة الغير ، لا لمصلحة شخص معين بالذات . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وإذا كانت تلك النية (نية العمل لمصلحة الغير) ضرورية من هذا الوجه ، فهي بمجرد كافيّة دون حاجة إلى اشتراط انصرافها إلى العمل لحساب شخص معين بذاته . فتى قصد الفضولي إلى التصدى لشأن الغير ، بقى قائماً بعمله ، ولو أخطأ في شخص رب العمل . وفي هذه الحالة يكسب رب العمل الحقيقي ما يترتب على القضاة من حقوق ، ويتحمل ما ينشأ عنها من التزامات (انظر المادة ٦٨٦ من التقنين الألماني والمادة ١١٩١/٩٥٥ من التقنين التونسي والمراكشي والمادة ١٥٣ من التقنين اللبناني) » ^(١).

المطلب الثالث

الفضولي يقوم بعمل هو غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهى عنه

٨٧٢ — هذا هو الركن الثالث للقضاة ، وهو الركن الذى يحدد الموقف القانونى لكل من الفضولى ورب العمل من الشأن العاجل الذى قام به الفضولى .
أما موقف الفضولى من هذا الشأن العاجل فيتلخص فى أنه لم يكن ملتزماً به قبل أن يتولاه . وأما موقف رب العمل فيتلخص فى أنه لم يأمر الفضولى أن يقوم به ولم ينهه عن ذلك .

== ترّب على التلطّ فى الشخص الذى تعود عليه منفعة العمل لإفساد القضاة ولا يكون للتفضّل رجوع إلى الواقع .
لقواعد الإنشاء على حساب التبر : (صلاح الدين التامى ص ٧١٤) .

(١) مجموعة الأعمال التوضيحية ١ ص ٤٧١ — ٤٧٢ .

§ ١ — موقف الفضولى من الشأن العاجل

٨٧٣ — لا يعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولى شأنه الغير: جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، فى معرض ذكر أركان الفضاة، ما يأتى: « رابعاً — أن يتولى الفضولى شأن الغير دون أن يكون ملزماً بذلك. وقد فصل التقنين اللبناني هذا الشرط فنص فى المادة ٦٧٧ على إثبات صفة الفضولى لمن يتولى شأنًا لحساب الغير دون أن يوكله هذا أو دون أن يكون ملزماً قانوناً بذلك. وتبسط التقنين المتساوى فى هذا الشأن فنص فى المادة ١٠٣٥ على إلحاق صفة الفضولى بمن يقوم بشأن الغير (غير مأذون بمقتضى اتفاق صريح أو ضمنى أو أمر من محكمة أو نص فى القانون). وعلى هذا الأساس لا يعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولى شأن الغير بمقتضى عقد كالوكيل أو بمقتضى أمر من المحكمة كالخارس أو بمقتضى نص فى القانون كالوصى»^(١).

وينبى من ذلك أن من يتولى الشأن العاجل لرب العمل يجب، حتى يكون فضولياً، ألا يكون ملزماً من قبل أن يقوم بهذا الشأن، لأنه إذا كان ملزماً به فهو ليس بفضولى يتبرع بالعمل لمصاحبة الغير، بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن.

ويترتب على ذلك أن الماثل إذا تماقد مع رب العمل على أن يقيم له بناء فى أرضه،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٤٧٢. ويلاحظ أن التزام الوكيل بالقد، على ما جاء فى المذكرة الإيضاحية، هو التزام يجوز لوكيل الرجوع فيه لأن الوكالة عقد غير لازم. وتؤثر أن يكون استبعاد الوكيل عن نطاق الفضاة آتياً من طريق أنه مأمور من رب العمل لا من طريق أنه ملزم بمقتضى العقد، كما سنرى.

هذا والكتيل إذا تواعر لكفالة المدين، دون أمر منه أو نهى، كان فضولياً، والعمل الذى قام به لمصلحة المدين هو التزامه نحو الدائن بوفاء الدين إذا لم يف المدين به. وللكفيل فى هذه الحالة، إذا هو دفع الدين، أن يرجع على المدين بدعوى الفضاة. أما إذا كان الكتيل مأموراً من المدين بالكفالة، فكفل الدين ثم دفعه للدائن، كان له أن يرجع على المدين بدعوى الوكالة، ولا يكون فضولياً فى هذه الحالة. وكذلك لا يكون فضولياً إذا ناه المدين عن الكفالة، ولكنه كفل المدين بالرغم من هذا النهى ودفعه للدائن، ورجع فى هذه الحالة على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب.

فإن الما قول لا يعتبر فضولياً ، لأنه ملتزم بإقامة البناء بمقتضى عقد المقاولة . كذلك الحارس القضائي وهو يدير العين المتنازع عليها لا يعتبر فضولياً لأنه ملتزم بإدارة العين بمقتضى أمر القاضي . والمتبوع إذا دفع تمويضاً عن الضرر الذي أحدثه تابعه لا يعتبر فضولياً لأنه مسئول بحكم القانون عن هذا الخطأ .

§ ٢ — موقف رب العمل من الشأن العاجل

٨٧٤ — رب العمل لا يعلم بالفضالة : قلنا إن موقف رب العمل من الفضولي في هذا الشأن العاجل هو موقف من لم يأمره بتولى العمل ولم ينهه عنه .
وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون رب العمل غير عالم بأن الفضولي قد تولى شأنًا عاجلاً من شؤونه ، لأنه يكون بعيداً عن هذا الشأن فلا يتمكن من أن يتولاه بنفسه ، فيتولاه الفضولي عنه . وهذه هي الحالة الغالبة في الفضالة . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والغالب أن يحل رب العمل تصدى الفضولي للقيام بهذا العمل »^(١).

٨٧٥ — رب العمل يعلم بالفضالة : ولكن قد يقع أن رب العمل يكون عالماً بأن الغير يتولى شأنًا من شؤونه العاجلة . فإذا كان هو الذي دعاه إلى ذلك كان الغير وكيلًا لفضولياً^(٢) . وكالوكالة السابقة الإجازة اللاحقة ، فيجوز أن رب العمل لا يدعو الفضولي إلى تولى شؤونه ، ولكنه يجيز عمله بعد ذلك ، فيصبح الفضولي بهذه الإجازة وكيلًا . وفي هذا تقول للمادة ١٩٠ التى سبق أن ذكرها : « تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي »^(٣) . وتصبح الفضالة وكالة منذ بدء الفضالة ، إذ أن الإجازة لها

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٧٠ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٧ من ٥٣٧ . ويشترط حتى يكون الغير وكيلًا أن يكون العمل الذى يتولاه هو تصرف قانونى .

(٣) [وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار بقصد الفضالة يرتب عليه جبراً كإقرار الوكالة من حيث مقتضى ذلك للمادة ١٩٠ من القانون للدنى الجديد التى قننت ما استقر عليه الفقه والقضاء في عمل القانون الدنى المائى : تنص مدنى في ٢٨ من فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٨٤ من ١٧٦ رقم ٢٢] -

أثر رجعي^(١) . ويستثنى الغير من ذلك ، فلا يكون للإجازة أثر رجعي بالنسبة إلى الغير إلا من وقت صدورها . ويصح أن تصدر الإجازة من رب العمل سواء كان المتدخل في شؤونه فضولياً استوفى شروط الفضاة ، أو كان لم يستوف شروط الفضاة بأن كان يعمل لمصلحة نفسه مثلاً ، ففي الحالتين تجمل الإجازة للتدخل وكيلاً إذا كان العمل الذي قام به تصرفاً قانونياً^(٢) . هذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الشأن : « فإذا أجاز رب العمل الفضاة صراحة أو ضمناً سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولى من حقوق والتزامات من بدء الفضاة . ولا يكون للإجازة أثر بالنسبة للغير إلا من وقت صدورها (انظر المادة ١١٩٤/٩٥٨ من التقنينين التونسي والمراكشى والمادة ١٥٤ من التقنين اللبناني) ، ويكون من أثر هذه الإجازة سريان أحكام الوكالة ، ولو كان الفضولى قد قام بالعمل وهو يعتقد أنه يتولى شأن نفسه (المادة ٦٥ من المشروع الفرنسى الإبطالى والمادة ١٢٠ من التقنين البولونى) . ويراعى في الحالة الأخيرة أن الوضع الذى تطبق بشأنه أحكام الوكالة ليس صورة من صور الفضاة ، ولكنه صورة من صور الإثراء بلا سبب »^(٣) .

(١) ويجوز مع ذلك ألا يكون رب العمل أهلاً لتصرف الذى قام به الفضولى وقت قيام هذا به ، ما دام يصبح كامل الأهلية وقت الإجازة ، فإن القاصر يستطيع عند بلوغ سن الرشد إجازة التصرفات التى صدرت وهو قاصر (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٢٢٤ س ٤٢٢) .

(٢) وللإجازة فائدة عملية تظهر فيها إذا كان هناك شك في أن تدخل الغير قد استوفى شروط الفضاة فإجازة رب العمل لتدخل الغير تطلع كل شك وتجمل التصرف المجاز سارياً في حق الغير (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٢٢٤ س ٤٢١) .

(٣) مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ س ٤٧١ . ويلاحظ أن الفضاة لا تنقلب وكالة في جميع الصور للتقمنة إلا إذا كان العمل الذى يتولاه الفضولى هو تصرف قانونى .

[انظر أنور سلطان فقرة ٦٢١ س ٥٧٣ وسليمان مرقس فقرة ٥٩٥ س ٨١٥ وعبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٨٤ س ٦٣٠ وقارن أحد حقت أبو ستيه فقرة ٦١٤ س ٥٦٣ وصالح الدين النماهى س ٢١٦ حيث يرى أن مجال تطبيق المادة ١٩٠ من التقنين للذين قاصر على حالة الفضاة الناقصة غير المستوفية لشروطها ، أما الفضاة الكاملة المستقلة بمسؤوليتها فتطوى بحكم القانون على نيابة ومن ثم لا يحتاج التصرف القانونى الذى عقده الفضولى باسم رب العمل لينفذ في حقه إلى إقرار من جانبه ، والأولى أن يوصف مثل هذا الإقرار بأنه تصديق (approbation)] .

أما إذا كان رب العمل لم يدع الغير إلى تولى العمل الذى قام به ، بل على العكس . من ذلك نهاء عن التدخل فى شؤونه ، فلا يكون الغير فضولياً^(١) ، ويجب عليه الامتناع عن التدخل ، وإلا ارتكب خطأ قد يستوجب مسئوليته التقصيرية إذا عاد تدخله بالضرر على رب العمل . وإذا عاد بالمنفعة ، فإنه لا يرجع بدعوى الفضالة ، بل بدعوى الإثراء بلا سبب . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يقضى بهذه الأحكام ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ ، وقد حذفت اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، وكانت تجرى بما يأتى : « وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة^(٢) » .

(١) استئناف مخطئ فى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٣ — وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٩٢ — وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٦ ص ٢٤٣ — وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ .

(٢) وقد سبق أن أشرنا إلى أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص هو المادة ٢٦٣ من هذا المشروع . وقد جرى هذا النص على الوجه الآتى : ١ - « تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره متعمداً أنه يقوم بشأن لنفسه . ٢ - وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة . ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة ، ولا يندب هذه الإرادة المخالفة ، إذا كان من تدخل فى شؤون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضه قانون على رب العمل وقضت بأدائه مصلحة عامة ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز البيت » . وقد أدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية على هذا النص ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٩٥ . ولما عرض النص على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، رأت اللجنة حذفه لأنه يتصدى لمزبذبات يدخل بعضها فى نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة فى مواد الإثراء بلا سبب . ووافق مجلس الشيوخ على الحذف .

ولاشك فى أن تطبيق القواعد العامة تنبع لاستنباط الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها النص . فالشخص الذى يقوم بشأن لغيره متعمداً أنه يقوم بشأن لنفسه لا يكون فضولياً ، بل يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب . كذلك يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب من تدخل فى شؤون غيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير لو كانت هذه الإرادة مفروضة . ولكن النص استثنى من القاعدة الثانية حالة ما إذا كان التدخل قد اقتضته حاجة ملحة هى وجود التزام قانونى فى ذمة رب العمل تقتضى بأدائه المصلحة العامة ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز البيت ، فإذا تدخل شخص وأدى عن صاحب العمل التزامه بالنفقة نحو من يجب عليه نفقته أو قام بتجهيز ميت يلزم رب العمل شرعاً بتجهيزه ، فإن هذا الشخص يعتبر فضولياً فى هذه الحالة حتى لو نهى رب العمل عن التدخل وعن أداء هذا الالتزام القانونى . وعلاقة الحكم مفهومة ؟ فإن الفضول إنما يقوم عن رب

بقى الفرض الثالث ، وهو أن يكون رب العمل لم يدع النير إلى التدخل فى شؤونه ولم يمنعه من ذلك . فإذا وقف رب العمل من التدخل هذا الموقف السلبى ، لا يأمره بالتدخل ولا ينهيه عنه ، كان هذا هو مجال الفضالة ، واعتبر المتدخل فضولياً . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « فإذا علم (رب العمل) بذلك ولم يفصح عن موقفه من طريق المعارضة أو الإقرار ، بقيت لقواعد الفضالة ولايتها ، ووجب تطبيقها » (١) .

ومن ثم نرى أن الفضالة لا تقوم إلا فى فرضين من الفروض المتقدمة : (١) إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولى (٢) أو كان يعلم بهذا التدخل ولكنه يقف منه موقفاً سلبياً ، لا يأمر به ولا ينهى عنه .

= العمل بالإنزام قانونى تنقضى المصلحة العامة بأدائه . فلا يستد فى هذه الحالة بنهى رب العمل للفضولى عن أداء هذا الإنزام . ولكن أينفى أن تكون علة الاستثناء مفهومة ؟ وأليس من الواجب ، إذا أريد الاستثناء من قاعدة عامة ، أن ينس على هذا الاستثناء ؟

(انظر فى المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٧ هامش رقم ١ و ص ٤٧٠ — ص ٤٧١) .

[وفارن أحمد حشمت أبوسقيت فقرة ٦١٣ ص ٥٦٢ حيث يرى أن حذف نص المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدى لا يحول دون القول بقيام الفضالة بالرغم من نهى رب العمل للفضولى عن القيام بعمل يسد حاجة ماسة اقتضاها وجود الإنزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بأدائه مصلحة عامة كالإنزام بالنفقة والإنزام بتجهيز البيت — وانظر فى هذا رأى أيضاً مارنى ورينو > ٢ ص ٣٠٣ هامش ٧ — ييدان جـ ٩ مكرر بند ١٧٠١ — دى باج جـ ٢ بند ١٠٤٧] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ .

المبحث الثاني

أحكام الفضالة

٨٧٦ — التزامات الفضولي والتزامات رب العمل : الفضالة ، إذا توافرت أركانها على النحو الذى قلناه ، ترتب التزامات فى جانب الفضولى وأخرى فى جانب رب العمل .

المطلب الأول

التزامات الفضولى^(١)

٨٧٧ — ما هى هذه الالتزامات وما هو مصدرها : يلتزم الفضولى بما يأتى :

١ — أن يحمى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

٢ — أن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك .

٣ — أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى .

٤ — أن يقدم حساباً لرب العمل عما قام به وأن يرد إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة .

ومصدر هذه الالتزامات جميعاً عمل مادى إرادى يقوم به الفضولى فيرتب عليه

(١) [انظر مارتى ورينو ج ٢ بند ٣٤٤ ص ٣٠٦ — دى باج ج ٢ ص ١٠٥٥ بند ١٠٧٩ وما بعده — يندان ج ٩ مكرر بند ١٧٠٧ وما بعده] .

القانون مباشرة هذه الالتزامات^(١) . وهذا ظاهر إذا كان العمل الذى يقوم به الفضولى هو عمل مادى فى ذاته . وهو صحيح أيضاً حتى إذا كان العمل الذى يقوم به الفضولى هو تصرف قانونى ، سواء عقده باسمه الشخصى أو عقده باسم رب العمل نيابة عنه ، فى الحالتين يعتبر قيام الفضولى بإبرام هذا التصرف القانونى عملاً مادياً فى العلاقة ما بين الفضولى ورب العمل ، وإن كان العمل يعتبر تصرفاً قانونياً فى العلاقة ما بين الفضولى والغير إن كان الفضولى عقده باسمه الشخصى ، وفى العلاقة ما بين رب العمل والغير إن كان الفضولى عقده باسم رب العمل .

ونستعرض : (أولاً) التزامات الفضولى الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام تتعلق بأهلية الفضولى وبالأثر الذى يترتب على موت الفضولى أو موت رب العمل وبتقادم هذه الالتزامات .

§ ١ — التزامات الفضولى الأربعة

(١) الالتزام الأول — مضى الفضولى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل

من مباشرته بنفسه :

٨٧٨ — جاء فى المادة ١٩١ ما يأتى : « يجب على الفضولى أن يعصى فى العمل الذى

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن ما يأتى : « ستر القانون مصدراً مباشراً لالتزامات الفضولى ، ولو أنها تنشأ بنسبة عمل إرادى » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤٧٣) . ونريد بالعمل المادى الإرادى هنا أن القى أرادته الفضولى هو العمل المادى ، لا الالتزامات التى يرتبها القانون على هذا العمل (قارن الدكتور أبو عافية فى التصرف القانونى المجرد النسخة العربية ص ١٧٠ هامش رقم ٧) . ولا يجوز القول إن القانون مصدر غير مباشر لالتزامات الفضولى وإن المصدر المباشر لهذه الالتزامات هو هذا العمل المادى الإرادى الصادر من الفضولى فإن القانون لم يصل بعد إلى أن يجعل من العمل المادى الإرادى مصدراً عاماً للالتزام ، كما فعل فى المقعد وفى العمل غير المشروع وفى الإجراء بلا سبب . والصحيح أن القانون رتب على واقعة قانونية معينة ، هى العمل الصادر من الفضولى بشروطه المعروفة ، التزامات معينة ، كما رتب التزامات معينة على وقائع قانونية أخرى ، كواقعة الجوار وواقعة القرابة . فشكل هذه الوقائع يرتب عليها القانون التزامات ينص عليها ، ويستر القانون مصدراً مباشراً لهذه الالتزامات . ونستفصل ذلك عند الكلام فى الالتزامات التى تنشأ من القانون (انظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٨٦ — وفى رأى الآخر مذكرات مطبوعة للدكتور ودعج فرج ص ٢٩ — ص ٣٠) — أحمد حشمت أبو سبيت فقرة ٦١٦) .

بداءه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه^(١). وقد أراد للشرع بهذا الالتزام أن يمنع التدخل في شئون الغير عن خفة واستهتار. فمن تدخل في شأن لغيره من غير أن يدعى لذلك وجب عليه ألا يتدخل عن العمل متى بدا له أن يتدخل، بل يلتزم بالمضى فيما بداه رعاية لمصلحة رب العمل، وهى المصلحة التى قصد الفضولى أن يرعاهها. ولكن لا يلتزم الفضولى بإتمام العمل إلا إذا لم يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه. فإذا تمكن من ذلك — وسرى أن الفضولى يجب عليه إخطاره بتدخله متى استطاع — سقط عن الفضولى التزامه بإتمام العمل بل التزامه بالمضى فيه، وأصبح من واجب رب العمل، ومن حقه فى الوقت ذاته، أن يباشر شؤونه بنفسه، وأن يتدخل له الفضولى عن ذلك.

وإذا كان العمل الذى تولاه الفضولى عملاً مادياً، كتنقية زراعة من دودة القطن أو إطفاء حريق، وجب على الفضولى للمضى فى تنقية الزراعة أو فى إطفاء الحريق حتى يأتى رب العمل ويباشر العمل بنفسه. أما إذا كان العمل الذى تولاه تصرفاً قانونياً — سواء عقده باسم رب العمل أو باسمه الشخصى — فواجبه هنا أيضاً أن يمضى فى عمله، فيتم إبرام التصرف القانونى، ويقوم بالإجراءات التى يوجبها القانون كتسجيل التصرف أو قيده، ثم يباشر تنفيذ التصرف إذ اقتضى الأمر، فيؤدى ما أنشأه التصرف من التزامات، ويطالب بما رتبه من حقوق، باسم رب العمل أو باسمه الشخصى على حسب الأحوال. كل هذا حتى يتمكن رب العمل من مباشرة التصرف الذى عقده الفضولى نيابة عنه، فيمضى فى الإجراءات أو فى التنفيذ بنفسه. أما التصرف الذى عقده الفضولى باسمه الشخصى

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٢٦٥ من المشروع التمهيدى بضمير لفظى طفيف. وأقرته لجنة للمراجعة بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة تحت رقم ١٩٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب دون تعديل تحت رقم ١٩٧. كما وافق عليه كل من لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بمجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩١ (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٦٧٣ — من ٤٧٤).

التقنيات المدنية العربية الأخرى: السورى م ١٩٢ (مطابق) — اللي م ١٩٤ (مطابق) — الرافى لا مقابل — اللبناني م ١٥٧ (موافق).

فيستمر هذا فيه حتى يتم تنفيذه لأنه هو المسئول عنه شخصياً ، وليس لرب العمل إلا تعويضه عن التزاماته وإلا محاسبته عنه كما سيأتى .

(ب) الالتزام الثانى — إخطار الفضولى رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك :

٨٧٩ — ولا يكتفى أن يعنى الفضولى فى العمل الذى بدأ به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، بل يجب إلى جانب ذلك أن يبادر إلى إخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يتمكن من ذلك ، فيستطيع رب العمل بعد هذا الإخطار أن يستعمل حقه من مباشرة العمل بنفسه ، وقد رأينا أن هذه المباشرة إذا كانت واجبا عليه فهى أيضاً حق له . وهذا الالتزام هو ما ينص عليه الشرط الثانى من المادة ١٩١ إذ تقول « كما يجب عليه (أى على الفضولى) أن يخبر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك »^(١) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٢) فى هذا الصدد ما يأتى : « ويلاحظ أن الفضولى يلزم بالمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . ولما كان لرب العمل أن يكلف الفضولى عن التدخل فيما تصدى له ، لذلك كان من واجب الفضولى أن يخبره بتدخله فى أول فرصة تتاح له . ومتى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبه أن يقوم بذلك » .

وغنى عن البيان أن الفضولى ليس مطالباً أن يبذل جهداً غير معتاد لإخطار رب العمل بتدخله ، بل هو مطالب أن يتهمز أول فرصة معقولة تتاح له حسب الظروف التى تحيط به للقيام بهذا الإخطار .

(ج) الالتزام الثالث — بذل عناية الشخص المادى فى القيام بالعمل :

٨٨٠ — النص القانونى : تنص المادة ١٩٢ على ما يأتى :

(١) انظر فقرة ٨٧٨ فى الخامس .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٣ .

« ١ - يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى . ويكون مسئولاً عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك » .

« ٢ - وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب » .

« ٣ - وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية » ^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل العناية المطلوبة من الشخص المعتاد وأن يطابق بين عمله وبين لإرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أم مفروضة . ٢ - ويكون مسئولاً عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على خطئه إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك » . ٣ - وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل ما تولاها أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . وإن تعدد الفضولى كان الجميع متضامنين فى المسئولية » . ثم قدمت لجنة المراجعة النص تحت رقم ١٩٨ فى المشروع النهائى بالصيغة الآتية :

« ١ - يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أم مفترضة . ويكون مسئولاً عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على خطئه إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك . ٢ - وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . ٣ - وإذا تعدد الفضوليون كانوا متضامنين فى المسئولية » . وقد وافق مجلس النواب على المادة كما وردت فى المشروع النهائى دون تعديل تحت رقم ١٩٨ - وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نلت المادة ١٩٨ ، فأقترح حذف عبارة « وأن يطابق بين عمله وإرادة رب العمل معروفة كانت هذه هى الإرادة أم مفترضة » الواردة فى الفقرة الأولى من هذه المادة لأنها تورد معياراً شخصياً يوقع فى إشكالات كثيرة . واقترح كذلك الاكتفاء بالمعيار المادى الوارد فى صدر هذه الفقرة وتعديل باقى الفقرة إلى ما يأتى : « ويكون مسئولاً عن خطئه ، ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك » . كما اقترح حذف الفقرة الثانية لأنها تطبق للقواعد العامة وقواعد مسئولية المتبوع عن تاجه . واعترض على صياغة الفقرة الثالثة لأنه يجب أن يكون هناك ارتباط فى العمل بين الفضولين ، وإذا كان المقصود منها أن تطبق =

وهذا النص يشتمل على أحكام هامة في الفضالة^(١) . فهو : (١) يرسم معيار الخطأ في الفضالة وما يترتب من المسؤولية على هذا الخطأ . (٢) ويبين أحكام نائب الفضولي . (٣) ويقرر التضامن في المسؤولية إذا تملد الفضولي .

== حالة ما إذا قام أكثر من واحد بعمل واحد فن الواجب إظهار هذا الحكم . واقترح أن يكون نصها كالآتي : « وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية » وبذلك أصبح نص المادة ١٩٨ كالآتي : « ١ - يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي ويكون مسئولاً عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك . ٢ - وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية » . وفي جلسة أخرى من جلسات لجنة القانون المدني يجلس الشيوخ نابت المادة ١٩٨ ورأت اللجنة بعد مناقشتها لإرجاع الفقرة الثانية منها وكانت قد حذقتها ، وسبب ذلك أن الفضالة عمل قائم بذاته يحتاج إلى شيء من العناية في النصوص الخاصة به . وقالت اللجنة في تقريرها ما يأتي : « حذفت اللجنة من الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة » واكتفت اللجنة بأن يبذل الفضولي في القيام بالعمل عناية الشخص العادي ، واستبدلت في الفقرة نفسها عبارة « إذا كانت الظروف تبرر ذلك » بعبارة « إذا كانت الظروف التي ساقته إلى القيام بالعمل تقتضي ذلك » فقد تكون هناك ظروف غير التي دفعت الفضولي إلى القيام بالعمل وتقتضي في الوقت نفسه إقصاء التعويض . ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تمسكاً مما عليه العدالة » . وأصبح رقم المادة ١٩٢ - ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٤ - ص ٤٧٨) .

التقنينات للدنية العربية الأخرى : السوري م ١٩٣ (مطابق) ، الليبي م ١٩٥ (مطابق) - المراق لا مقابل - اللبناني م ١٥٦ (مقارب) .

(١) أنظر ما يقابلها في التقنينات الأجنبية المادة ٦٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٣٧٢ و ١٣٧٤ من القانون الفرنسي والمادة ١٨٩٠ من القانون الإسباني والمادة ١٥٦ من القانون اللبناني والمادة ٦٨١ من القانون الألماني والمادة ٤٧٠ من قانون الالتزامات والسيسرى .

ولا مقابل في التقنين المصري القديم لهذا النص الجديد إلا المادتان ٢١٠/١٤٩ من التقنين القديم ، وهذا هو نصها : « الالتزامات الناشئة عن الأفعال في الأحوال المتقدم ذكرها (وهي حالة الفضالة وحالة استرداد غير المستحق) لا يترتب عليها تضامن فاعليها » . ونرى من ذلك أن القانون القديم لم يعرض في هذا النص إلا لتضامن الفضوليين في المسؤولية فتني هذا التضامن على خلاف ما قرره التقنين الجديد . أما الأحكام الأخرى - معيار الخطأ وما يترتب عليه من مسؤولية الفضولي وأحكام نائب الفضولي - فلم يعرض لها القانون القديم ، ولكن القضاء والفقه في مصر كانا يقرران دون نص ، ومن طريق تطبيق القواعد العامة ، الأحكام التي وردت في نصوص التقنين الجديد إلا ما كان منها يحتاج في تقريره إلى نص كرجوع رب العمل على نائب الفضولي بدعوى مباشرة .

٨٨١ — الخطأ في الفضالة : لا يلتزم الفضولي بالوصول إلى النتيجة المرجوة ، بل يلتزم ببذل عناية الشخص العادي للوصول إلى هذه النتيجة . فالتزامه ليس التزاماً بتحقيق غاية ، بل هو التزام ببذل عناية^(١) .

ويعيار خطأ الفضولي هو كعيار الخطأ العقدي ويقاس على خطأ الوكيل إذا كان مأجوراً (م ٧٠٤ فقرة ٢) . فيجب ألا ينحرف الفضولي في القيام بعمله عن السلوك المألوف للرجل العادي ، وأى انحراف عن هذا السلوك يكون خطأً يوجب مسؤوليته^(٢) . وليس هذا الخطأ خطأً عقدياً لأن التزام الفضولي ببذل عناية الرجل العادي ليس التزاماً عقدياً ، ولا هو خطأ تقصيري لأن مسؤولية الفضولي ليست مسؤولية تقصيرية إلا إذا ارتكب خطأً تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة . وإنما هو خطأ في الفضالة^(٣) ، معياره هو عين معيار الخطأ العقدي والخطأ التقصيري وخصوصية هذا الخطأ أن المسؤولية عنه قد لا تكون كاملة ، إذ يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب عليه إذا كانت الظروف تبرر ذلك . وكثيراً ما تبرر الظروف التخفيف من مسؤولية الفضولي إذ هو متفضل تدخل لرعاية مصلحة رب العمل^(٤) .

(١) وإذا كان عمل الفضولي هو تصرف قانوني يبرمه باسمه الشخصي أو نيابة عن رب العمل ، فلا يعتبر إبرام هذا التصرف هو الغاية المرجوة ، بل هو الوسيلة لإدراك هذه الغاية . فيبقى إذن التزام الفضولي ، حتى في هذه الحالة ، التزام عناية لا التزام غاية .

(٢) وقد كان المشروع التهديدي (م ٢٦٦) يوجب أن يطابق الفضولي بين عمله وبين إرادة رب العمل ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة . وقد رأينا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت هذا الحكم لأنه « يورد معياراً شخصياً يقوم في إشكالات كثيرة ، وروى الاكتفاء بالمعيار المادي الوارد في صدر الفقرة ، وهو معيار السلوك المألوف للرجل المعتاد » .

(٣) [انظر أحمد حشمت أبوسيتيت فقرة ٦٢٠ ص ٥٦٧ وأنور سلطان فقرة ٦٣٦ ص ٥٨١ وعبد المنعم فرج الصلدة فقرة ٥٩٠ ص ٦٣٥ وقرن سليمان مرقس هاشم ص ٨٣٠ حيث يرى عدم الضيقة بين خطأ الفضالة والخطأ التقصيري الخارج عن نطاق أعمال الفضالة ، ويقول بأن جميع الأخطاء فيها عدا الخطأ العقدي تسرى عليها أحكام واحدة من أحكام المسؤولية التقصيرية ومن بينها إمكان المغايرة في مدى التعويض تبعاً للظروف الملائمة] .

(٤) [انظر في هذه المسألة حتى باج ٢ بند ١٠٨٣ - مارتو وريزو ج ٢ بند ٣٤٤ - قضى مدني فرنسي في ٣ مايو سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام القضاء الفرنسية سنة ١٩٥٥ - ١ - ١٥٣] .

فإذا كان تدخله لدفع ضرر داهٍ يهدد رب العمل ، ففي هذا الظرف الذى ساقه للتدخل ما يشفع له إذا ارتكب خطأ فى عمله وانحرف قليلاً عن السلوك المألوف للرجل العادى ، فيكون هذا سبباً لتخفيف المسؤولية وإقاص التمييز^(١) . وقد تكون ظروف أخرى ، غير تلك التى ساقته للتدخل ، سبباً فى تخفيف المسؤولية . فالفضولى الذى يعمد إلى تنقية زراعة جاره من آفة زراعية ، ثم يبحث عن مواد كيمياوية يكمل بها التنقية ، فيجد ظرفاً يحمل الوصول إلى هذه المواد ينطوى على شيء من المشقة يحجم عندها عن اللضى فى عمله ، فينحرف بذلك قليلاً عن السلوك المألوف للرجل العادى ، قد يخفف القانون من مسؤوليته عن هذا الخطأ بسبب الظرف الذى جد وجمل الوصول إلى المواد الكيماوية أمراً شاقاً^(٢) .

وقد يرتكب الفضولى خطأً تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة بضرره رب العمل ، فيكون مسئولاً عن هذا الخطأ وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . مثل ذلك أن يعمد الفضولى إلى إطفاء حريق شبت فى منزل جاره ، ثم هو بعد إطفاء الحريق والانراغ من أعمال الفضالة ، يهمل إقفال باب المنزل فتتسلل اللصوص ويسرقون أمتعة الجار . ففي هذا الفرض يكون خطأ الفضولى فى إهماله أن يقفل باب المنزل خطأً تقصيرياً لأنه خارج عن أعمال الفضالة ، ويكون مسئولاً نحو رب العمل عن هذا الخطأ مسؤولية تقصيرية .

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهنيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يلاحظ أن الفضولى يلزم مابقى قائماً بالعمل : بأن يظل فيما يصل عناية الشخص المعتاد ... وكل مخالفة لهذا الالتزام تعتبر خطأً يستلزم مساءلته . ومع ذلك فينبغ التسامح فى تقدير هذه التولية إذا كان الفضولى قد قام بما تصدى له من شؤون رب العمل لدفع ضرر يهدده : (انظر المادة ٤٢٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٦٨ من التقنين الألمانى والمادة ١٥٦ من التقنين اللبائى والمادتين ١١٨١ / ١٤٥ من التقنين التونسى والمراكشى) . « مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٥ . »

(٢) وقد رأينا ما جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ : « واحتدلت ... عبارة (إذا كانت الظروف تبرر ذلك) بعبارة (إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك) ، فقد تكون هناك ظروف غير التى دفعت الفضولى إلى القيام بالعمل وتقتضى فى الوقت نفسه إقاص التمييز ، ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر عمشياً مع ما عليه العدالة . « مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٨ . »

٨٨٢ - **نائب الفضولى :** وقد يهد الفضولى إلى شخص آخر أن يقوم نيابة عنه بأعمال الفضاالة كلها أو بعضها ، سواء تولى الفضولى العمل ابتداء ثم مضى نائبه فيه أو تولى النائب العمل من مبدئه^(١) . ونائب الفضولى يكون بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل تصرفاً قانونياً^(٢) . وبمثابة المفاوض من الباطن إذا كان عملاً مادياً .

ويكون نائب الفضولى مسئولاً قبل الفضولى ، ويجوز لب العمل أن يستعمل حق الفضولى فى الرجوع على النائب عن طريق الدعوى غير المباشرة . ولكن التقنين المدنى الجديد لم يقتصر على الدعوى غير المباشرة ، بل أجاز فوق ذلك لب العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الفضولى . فرب العمل يستطيع إذن أن يرجع مباشرة : (أولاً) على الفضولى لاعتن خطئه هو فحسب ، بل أيضاً عن خطأ نائبه باعتباره تابعاً له ، وتكون مسئولية الفضولى عن النائب هى مسئولية المتبوع عن التابع^(٣) (ثانياً) على نائب الفضولى نفسه بطريق الدعوى المباشرة التى نص عليها القانون^(٤) . وهذا ماقتضى به الفقرة الثانية

(١) وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه ... » فكان النص على هذا النحو يفرض أن الفضولى قد تولى العمل قبل أن يهد به إلى غيره . وقد عدل النص . كما قدمنا ، فى المشروع النهائى على الوجه الآتى : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه ... » فأنس النص بذلك لحالة ما إذا عهد الفضولى بالعمل لنائب من مبدأ الأمر وقبل أن يتولاه بنفسه .

(٢) ويستوى فى ذلك أن يكون الأصل فى التصرف القانونى هو رب العمل أو الفضولى .

(٣) [انظر أحد حشمت أبو ستيت هامش ١ ص ٦٨ وأنور سلطان فقرة ٦٢٢ ص ٥٨١ وعبد المنعم فرج الصدة ٥٩١ ص ٦٣٥ وقارن سليمان مرقس فقرة ٦٠٣ ص ٨٢١ حيث يرى أن مسئولية الفضولى عن أفعال مندوبيه أو معاونيه أو بدلائه هى أقرب إلى مسئولية المدين عن أعماله أو بدلائه منها إلى مسئولية المتبوع التصديرية عن فعل تابعيه لأنها تشبه الأولى فى أن الفضولى مدين أصلاً بالذى فى العمل الذى بدأه ويبتذل عناية الرجل المعتاد] .

(٤) ولم يكن هناك نص فى القانون القديم يعطى لب العمل هذه الدعوى المباشرة . فهى دعوى قد استحدثها التقنين الجديد . وليس لهذا الحكم المستحدث أثر رجعى . فلو أن فضولياً عهد إلى نائب أن يقوم عنه بالعمل وكان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فإن رب العمل لا تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به النائب قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ولكن يجوز القول ، تطبيقاً لنظرية الأثر الفورى (effet immédiat) ، بأن رب العمل تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به هذا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى منذ سريان التقنين الجديد .

من المادة ١٩٢ إذ تقول : « وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بمآرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب »^(١).

بقي أن نعرف هل يكون رب العمل — هو أيضاً — مسئولاً عن التزاماته مباشرة قبل نائب الفضولي ؟ لا يوجد نص على هذه العلاقة ، كما وجد النص في حالة نائب الوكيل^(٢) وفي حالة المفاوض من الباطن^(٣) ، فلا يجوز القول بها ، ويبقى رب العمل ملتزماً نحو الفضولي نفسه ويكون الفضولي ملتزماً نحو نائبه .

٨٨٣ — التضامن في المسؤولية عند تعدد الفضولي : ولما كان خطأ الفضولي في الفضالة على النحو الذي قدمناه ليس بالخطأ التقصيري ، فإن الفضولين في حالة التعدد إذا وقع خطأ منهم وهم يقومون بعمل واحد لا يكونون مسئولين بالتضامن إلا إذا وجد نص يقرر التضامن^(٤) ، وقد أورد التقنين الجديد هذا النص على خلاف القانون القديم الذي كان ينص صراحة على عدم التضامن (م ١٤٩/٢١٠ قديم) . فجاء في الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ ما يأتي : « إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية . ولولا هذا النص لانعدم التضامن بين الفضولين »^(٥).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويسأل الفضول كذلك باعتباره متبوعاً عن خطأ من ينفيه عنه ، كما أن هذا الأخير يسأل مباشرة قبل رب العمل » . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤٧٦) .

(٢) أنظر المادة ٧٠٨ فقرة ثالثة من التقنين المدني الجديد .

(٣) أنظر المادة ٦٦٢ من التقنين المدني الجديد .

(٤) [أنظر دي باج ج ٢ بند ١٠٨٥ حيث يقرر انتهاء التضامن بين الفضولين إذا تعددوا] .

(٥) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وعند تعدد المتصددين لشأن واحد من الفضولين ، يسألون عن خطئهم على وجه التضامن . ولما كان هذا الخطأ يفاير صنوه في نطاق المسؤولية التفسيرية ، لذلك كان من الضروري تقرير التضامن بين هؤلاء المسئولين بنسب خاص » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤٧٦) . أنظر أيضاً فيما يتعلق بتضامن الوكلاء عند تعدد المادة ٧٠٧ من التقنين المدني الجديد .

ويلاحظ أن شرط التضامن هو أن يتمدد الفضوليون في عمل واحد . أما إذا تولى كل فضولى عملاً مستقلاً عن عمل الآخر ، فلا يكون هناك تضامن ^(١) .

(د) الالتزام الرابع - تقديم الفضولى حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب

الفضالة :

٨٨٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٣ على ما يأتي : « يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به » ^(٢) .

ونصت المادة ٧٠٦ بالنسبة إلى التزام الوكيل بتقديم الحساب على ما يأتي :

[انظر أحمد حشمت أبوسنت فترة ٦٢٢ ص ٥٦٨ وأنور - اطلان فترة ٦٣٨ ص ٥٨٢ وعبد النعم فرج الصده فترة ٥٩٢ ص ٦٢٦ وقارن سليمان مرقس هاشم رقم ١ ص ٨٣٤ حيث يرى أن عموم نص المادة ١٤٩ مدنى قديم لا يحول دون القول بتضامن الفضولين لأن المشرع لم يقصد به إلا عدم التضامن في الالتزامات الناشئة عن الفعل النافع ، أما تلك التي تنشأ عن الفعل الضار في أثناء القيام بفعل نافع فإن عموم نص المادة ١٥٠ مدنى قديم وما بعدها كان يقع لشمولها وكان بالتالى يمكن اعتبار المسئولين عنها متضامنين في ظل القانون المدنى القديم] .

(١) وقد رأينا في الأعمال التحضيرية أن ذكر في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أنه « يجب أن يكون هناك ارتباط في العمل بين الفضولين » حتى يقوم التضامن فيما بينهم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٧) -- هذا وتضامن الفضولين حكم استحدثته التقنين الجديد كما رأينا ، فلا يكون له أثر رجعى . فلو أن الفضولين قاموا بعمل واحد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لما كانوا مسئولين بالتضامن . أما إذا قاموا بهذا العمل في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن حتى لو قامت الفضالة قبل هذا التاريخ ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفورى (effet immédiat) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في المادة ٢٦٧ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة وأصبح المادة ١٩٩ في المشروع الهامى . ووافق مجلس النواب عليه كما هو تحت رقم ١٩٩ . كما وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٣ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل كذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٩) .

وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في سدد هذا النص ما يأتي : « يراعى أن الفضولى يلزم برد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب لرب العمل عما قام به ، وهو من هذه الناحية يلتزم بما يلتزم به الوكيل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٩) .

التقنيات المدنية الربية لأخرى : السورى م ١٩٤ (مطابق) - الليبي م ١٩٦ (مطابق) - المراق

لا مقابل - اللبناني م ١٥٨ (موافق) .

« ١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال للوكل لصالح نفسه » .

« ٢ — وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر » .

٨٨٥ — ملخص هذه النصوص : ويترتب على تطبيق هذه النصوص ما يأتي :

١ — إذا قام الفضولي بتصرف قانوني عقده نيابة عن رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ مباشرة في حق رب العمل كما سبق القول . وإذا مضى الفضولي في تنفيذ هذا التصرف باسم رب العمل ، كما إذا استوفى حقاً ، فإنه يقبض الحق كوكيل . ولا يجوز له أن يستعمل المال لصالح نفسه . وإن فعل فعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه بالسعر القانوني (أي : في المائة) من وقت استخدامها ، لامن وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعذار . أما إذا لم يستعمل المال لصالح نفسه ، فإن فوائده بالسعر القانوني تجب عليه من وقت إعذاره برد المال .

٢ — إذا قام الفضولي بتصرف قانوني عقده باسمه الشخصي لصالح رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ في حقه لا في حق رب العمل كما سبق القول . ويجب عليه أن يمضي في العمل وأن ينفذ التصرف عند الاقتضاء . فإذا باع محصولات يسرع إليها التلف ، وقبض الثمن ، فلا يجوز له أن يستعمله لصالح نفسه ، وإلا وجبت عليه فوائده بالسعر القانوني من وقت استخدامه . وعليه أن يرده لرب العمل ، وإذا لم يستخدمه لصالح نفسه وجبت عليه فوائده القانونية من وقت الإعذار .

٣ — إذا قام الفضولي بعمل مادي ، كما إذا جنى محصولاً لرب العمل ، فعليه أن يسلمه إياه بمجرد التمكن من ذلك ، ولا يجوز له أن يستولى عليه لصالح نفسه ، وإلا أزم بالتعويض .

§ ٢ — ما تشترك فيه التزامات الفضولى من أحكام

(أهلية الفضولى — الأثر الذى يترتب على موت الفضولى أو موت

رب العمل — تقادم التزامات الفضولى)

(١) أهلية الفضولى :

٨٨٦ — أهلية الفضولى بالنسبة إلى التصرف القانونى الذى يتولاه : حتى ننبين بوضوح الأهلية اللازمة للفضولى يجب التمييز بين أهليته بالنسبة إلى ما عسى أن يتولاه من تصرف قانونى وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالاً مادية كما سبق القول .

فإذا كان العمل الذى يتولاه الفضولى تصرفاً قانونياً عقده باسم رب العمل نيابة عنه ، فقد قدمنا أن أهلية الفضولى بالنسبة إلى هذا التصرف هى أهلية الوكيل ، فيكفى فيه التمييز ولا تشترط فيه الأهلية الكاملة للتصرف الذى يتولاه ، وإنما تشترط هذه الأهلية الكاملة فى رب العمل الذى ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف .

وأما إذا كان العمل الذى يتولاه الفضولى تصرفاً قانونياً عقده باسمه الشخصى ، فلا بد أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة لهذا التصرف لأنه هو الذى يلتزم به كأربان ، ولا يشترط فى رب العمل أية أهلية بالنسبة إلى هذا التصرف إذ يعتبر من الغير فيه .

٨٨٧ — أهلية الفضولى بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالاً مادية :

أما إذا نظرنا إلى أعمال الفضالة باعتبارها أعمالاً مادية بالنسبة إلى رب العمل — وقد رأينا فيما تقدم أن جميع الأعمال التى يقوم بها الفضولى ، حتى التصرفات القانونية التى يعقدها باسمه أو باسم رب العمل ، تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالاً مادية — فإن أهلية الفضولى للالتزام بهذه الأعمال تقتضى دائماً أن يكون من أهل التمييز ، إذ يشترط فيه كما قدمنا

القصد في أن يعمل لمصلحة رب العمل . ثم هي بعد ذلك تختلف باختلاف ما يلتزم به . وقد علمنا أن التزامات الفضولي أربعة . اثنان منها — المضي في العمل وإخطار رب العمل — لا يقتضيان أكثر من أهلية التمييز . فيجب على الفضولي ولو لم يكن بالغاً من الرشد ، مادام مميزاً ، أن يعض في العمل الذي بدأ فيه وأن يحظر به رب العمل متى استطاع ذلك . وإذا هو أخل بأحد هذين الالتزامين كان هذا إخلالاً بالتزام قانوني ، واعتبر خطأ تقصيرياً يوجب مسئوليته التقصيرية كاملة . والالتزامان الآخران — بذل العناية الواجبة في إدارة العمل وتقديم الحساب — هما التزامان يتصلقان بحسن إدارة مال الغير ، ويشترط فيمن يطلب منه حسن إدارة مال الغير أن يكون كامل الأهلية . أما إذا لم تكن الأهلية الكاملة متوافرة فيه ، فلا يكون الرجوع عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهذا ما لم يرتكب خطأ تقصيرياً فتكون مسئوليته التقصيرية كاملة .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ على ذلك فيما يأتي : « إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسئولاً عن إدارته إلا بالقدر الذي أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع » ^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد النص بفقرته كما هو في المادة ٢٧٠ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٢ ، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته . وأرجأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ البت في النص ثم أقرته دون تعديل تحت رقم ١٩٦ . — ووافق عليه مجلس الشيوخ كما هو (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤٨٦ — ص ٤٨٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد الفقرة الأولى من هذا النص ما يأتي : « تفرض التزامات الفضولي — وهي التزام المضي في العمل التزام بذل عناية الشخص المعتاد والتزام تقديم الحساب — توافر أهلية التعاقد فيه ، مادام وضمه يمثل وضع الوكيل من هذا الوجه . وتقريباً على ذلك قصت الفقرة الثانية من المادة ٦١ من المشروع الفرنسي الإيطالي « بأن من لا تتوافر فيه أهلية قبول الوكيل لا يكون أهلاً للالتزام بطريقة الفصالة » .

واستدرك النص بقرار أن الفضولي يسأل مع ذلك عما يحدث من ضرر ، ويلزم بقدر ما يثرى بغير سبب . فإذا لم يكن الفضولي أهلاً لتعاقد ، فلا يسأل عن إرادته إلا وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب وقواعد المسئولية التقصيرية . فمسئولته والحال هذه تقتصر على القدر الذي أثرى به على ألا يجاوز هذا القدر ما افتقر به رب العمل . ثم إن تلك المسئولية ليس أساسها خطأ قوامه التفريط في بذل عناية الشخص المعتاد ، بل يجب —

ويستخلص من ذلك أن الفضولى إذا كان كامل الأهلية ، كانت مسؤوليته كاملة عن الالتزام ببذل العناية الواجبة في القيام بأعمال الفضالة وعن الالتزام بتقديم حساب عن إدارته . أما إذا كان ناقص الأهلية ، فلا يكون مسئولاً إلا بالقدر الذى أثرى به . فإذا ارتكب خطأ في الفضالة ، أو قصر في تقديم الحساب لرب العمل ، أو لم يسلمه ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وأصاب رب العمل ضرر من جراء ذلك ، فلا يكون الفضولى ناقص الأهلية مسئولاً إلا في حدود الإثراء بلا سبب ، ولا يلتزم إلا بأقل القيمتين : ما انتفع به فعلاً وما أصاب رب العمل من ضرر . كل هذا ما لم يرتكب الفضولى خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة — وقد ميزنا فيما تقدم بين الخطأ التقصيرى والخطأ في الفضالة — فمكون مسئولية الفضولى عن الخطأ التقصيرى مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية .

== لترتيبها لإقامة الدليل على وقوع عمل غير مشروع من الفضولى متى كان بدامة غير مجرد من التمييز = (مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٤٨٦ — ص ٤٨٧) .

ونحن نأخذ على ما جاء في المذكرة الإيضاحية أن العبارة الأخيرة منها تخلط ما بين الخطأ في الفضالة ، ومسئولية الفضولى ناقص الأهلية منه مسئولية غير كاملة في حدود الإثراء بلا سبب ، والخطأ التقصيرى ، ومسئولية الفضولى عنه مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية . ونأخذ عليها أيضاً أنها لم تميز تمييزاً واضحاً بين أهلية الفضولى بالنسبة إلى التصرف القانونى الذى قد يتولاه وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جيداً أعمالاً مادية ، ثم فيما يتعلق بهذه الأعمال لم تميز كذلك بين الالتزام الفضولى بالضى في العمل والإضرار عنه والالتزام ببذل العناية الواجبة وتقديم الحساب .

وعذراً — ونحن الذين وضعنا المذكرة الإيضاحية — أن هذه المسألة الدقيقة يضطرب القول فيها عادة ، ولا يكاد الفقهاء يجمعون فيها على رأى . وقد استقر بنا الرأى بعد تنجيس على ما قررناه فيما تقدم (قانون الموجز للوظائف فترة ٤٠٩ ص ٥٠٤ — حشمت أبوسيت فترة ٥٦٢ — أبو عافية في التصرف القانونى المجرى النسخة الفرنسية ص ١٦٧ هامش رقم ٧ — محمد وهبة في النظرية العامة للالتزامات فترة ٣٧٧ — والتون ٢ ص ١٥٨ — ص ١٥٩ — دى هلنس ٢ ص ٣٠١ فترة ٤٦ — بلانيول وريبير وإسمان ٧ فترة ٧٢٩ — أوربري ورو ٦ ص ٢٩٣ — بودرى وبارد ٤ فترة ٢٧٩٩ — كولان وكايتان ٢ ص ٧٢١ — ديموج ٣ فترة ٢٩ — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فترة ١٢١٨) .

التقنينات للدنية العربية الأخرى : السورى م ١/١٩٧ (مطابق) — (الليبي) ١/١٩٩ (مطابق) —
العراق لامقابل — اللبناني م ٢/١٥٩٦ (موافق) .

ويستخلص مما تقدمناه عن الأهلية في دعوى الإثراء بلا سبب وفي دعوى غير المستحق وفي دعوى الفضالة ، أن المثل لا يشترط فيه أية أهلية ، فهو يلتزم بالإثراء حتى لو كان ناقص الأهلية ، بل حتى لو كان عديم التمييز . أما المدفوع له في دعوى غير المستحق ، أو الفضولي في دعوى الفضالة ، فيشترط فيه كمال الأهلية ، وإلا لم يكن مسئولاً إلا في حدود الإثراء بلا سبب .

(ب) أثر موت الفضولي أو موت رب العمل في التزامات الفضولي :

٨٨٨ - المصوص القانونية : تنص المادة ١٩٤ على ما يأتي :

« ١ - إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧١٧ فقرة ٢ » .

« ٢ - وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم »^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٦٨ من المصروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« ١ - تنقضى الفضالة بموت الفضولي ، ومع ذلك يلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٩٩٦ فقرة ٢ » . ولا تنقضى الفضالة بموت رب العمل ، ويبقى الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم » . وفي لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديل في الصياغة بقصر النص على الحكم المطلوب فأقرته اللجنة وأصبح النص النهائي ما يأتي :

« ١ - إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧٩٤ .
« ٢ - إذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم » . وأصبح رقم المادة ٢٠٠ في المصروع النهائي - ووافقت لجنة مجلس النواب على المادة بعد أن أضافت إلى آخر الفقرة الأولى كلمتي « فقرة ٢ » واستبدلت رقم ٧٤٨ برقم ٧٤٩ - ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها اللجنة تحت رقم ٢٠٠ - وفي لجنة القانون الدنى بمجلس الشيوخ ووفقى على المادة دون تعديل بعد استبدال رقم ٧١٧ برقم ٧٤٨ وأصبح رقم المادة ١٩٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأحكام التحضيرية ٢ س ٤٨٠ - ٤٨١) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمصروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « يظل الفضولي مرتبطاً بالتزاماته هذه ولو مات رب العمل . وفي هذه الحالة يلتزم قبل الورثة إذ يؤول إليهم ما كان لمورثهم من حقوق في هذا الصدد من طريق الميراث . بيد أن التزامات الفضولي تنقضى على قبض ذلك بموته ولا تنتقل إلى ورثته . ومع ذلك فيلزم هؤلاء الورثة التزاماً شخصياً مباشراً بما يلتزم به ورثة الوكيل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٤٨) .

التعديلات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٥ (مطابق) - الليبي م ١٩٧ (مطابق) -
المرافق لا مقابل - اللبناني م ١٥٢ (مرافق) .

وتنص المادة ٧١٧ فقرة ٢ على ما يأتي :

« وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل » .

وبخلص من هذه النصوص أنه يجب التمييز بين فرضين : موت الفضولي وموت رب العمل .

٨٨٩ — موت الفضولي : تنقضي الفضالة بموت الفضولي كما تنقضي الوكالة بموت الوكيل ، وبذلك تنقضي التزامات كل من الفضولي والوكيل ، أما ورثة الفضولي فيلتزمون التزاماً شخصياً مباشراً بما تلتزم به ورثة الوكيل . وهؤلاء ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، يلتزمون بالبادرة إلى إخطار الموكل بموت الوكيل ، وباتخاذ التدابير المناسبة لصالح الموكل تبعاً لما تقتضيه الحال . وبذلك أيضاً تلتزم ورثة الفضولي إذا كانوا كاملي الأهلية وعلى علم بالفضالة . فعليهم أن يخطروا رب العمل بموت مورثهم . وعليهم أيضاً أن يحافظوا على ما تم من عمل بأن يصلوا به إلى حالة لا تتعرض معها للتلف حتى يتمكن رب العمل من أن يباشر العمل بنفسه .

٨٩٠ — موت رب العمل : هنا تختلف الفضالة عن الوكالة . فالوكالة تنقضي بموت الموكل (م ٧١٤) ، ومتى اقضت وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (٧١٧م فقرة ١) . أما الفضالة فلا تنقضي بموت رب العمل ، بل يبقى الفضولي قائماً بالتزاماته نحو الورثة كما كان قائماً بها نحو رب العمل . ولا يكفي أن يصل الفضولي بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف ، كما تقبل ورثة الوكيل وكما تقبل ورثته إذا مات هو ، بل يجب عليه أن يستمر في العمل لصالح ورثة رب العمل الذين حلوا محل مورثهم .

والسبب في أن الفضالة لا تنتهي بموت رب العمل أن موقف الفضولي من ورثة إذا رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه ، فهو فضولي بالنسبة إليهم كما كان فضولياً بالنسبة إلى مورثهم . فلا معنى لانقضاء الفضالة بموت رب العمل . وهذا بخلاف الوكالة ، فإن العلاقة بين الوكيل والموكل علاقة شخصية قامت على اتفاق بينهما ، فإذا مات الموكل لم يجبر الوكيل على البقاء في علاقة شخصية مع ورثة لم يتفق معهم على هذه العلاقة . أما أن كلا من الفضالة والوكالة تنقضي بموت الفضولي أو الوكيل ، فذلك لأن الفضولي أو الوكيل هو الذي يقوم بالعمل ، فلا محل للإلتزام الورثة بما ألزم به موثهم .

(٢) تقادم التزامات الفضولي :

٨٩١ — تنص المادة ١٩٧ على أنه « تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق » ^(١) .

ويستخلص من هذا النص أن الفضولي إذا لم يقم بالتزاماته ، بأن لم يرض في العمل أو لم يحظر رب العمل بتدخله أو لم يبذل العناية الواجبة أو لم يقدم حساباً عن عمله ، فإن رب العمل يستطيع مقاضاته ليلزمه بتنفيذ التزاماته هذه عيناً أو بطريق التعويض .

وتسقط هذه الدعوى الناشئة عن الفضالة بأقصر المدين . ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه رب العمل بحقه ، أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء هذا الحق . ومدة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في مادة ٢٧١ من المشروع التمهيدى مع زيادة كلمة « بالتقادم » في صدر النص . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته . وأقرته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ مع حذف كلمة « بالتقادم » تحت رقم ١٩٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته اللجنة (بمجموعة الأعمال التحضيرية رقم ٢ م ٤٨٨ - ص ٤٨٩) . وحذفت كلمة « بالتقادم » لأن معنى التقادم واضح بدونها ، فلا ضرورة لها .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٨ (مطابق) — اللي م ٢٠٠ (مطابق) — المراق لا مقابل — الإبتائى لا مقابل .

التقادم هذه هي عينها مدة التقادم في دعوى الإثراء بلا سبب وفي دعوى غير المستحق^(١).

ونشير هنا إلى ما سبق أن قررناه في الدعويين الأخيرتين ، من أن التقادم بثلاث سنوات يتم غالباً قبل التقادم بخمس عشرة سنة ، ولكن قد يقع أن رب العمل لا يعلم بحقه إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضنا : أكثر من اثنتي عشرة سنة ، فإن الدعوى تتقادم في هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم رب العمل بحقه في الرجوع على الفضولى .

المطلب الثانى

التزامات رب العمل

٨٩٢ - ما هي هذه الالتزامات وما هي مصورها : تنص المادة ١٩٥ على أنه « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعمدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعرضه عن التعمدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائد لها من يوم دفعها ؛ وأن يعرضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته »^(٢).

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى توافرت شروط الفضالة المنصوص عليها في المادة ١٤٤ من القانون المدنى (القديم) كان للفضولى بحكم القانون أن يطالب رب العمل بالمصاريف التى صرفها والمصاريف التى خسرها ، والالتزام رب العمل في هذه الحالة مصدوره قاعدة عدم جواز الإثراء على حساب الغير إذ هو قد أفاد من عمل الفضولى ولا يتوقف الالتزام على إرادة رب العمل ، ومن ثم يبدأ سقوط حق الفضولى في استرداد المصروفات التى صرفها من وقت قيامه قصداً بالفصل الذى ترتب عليه « نفعه رب العمل : نفس مدنى ١٢ من فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ ص ٤٧٦ رقم ٦٩] .

(٢) تاريخ النص : ورد هنا النص في المادة ٢٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : =

ويتبين من هذا النص أن رب العمل تترتب في ذمته التزامات أربعة :

١ — أن ينفذ التعمدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه .

٢ — أن يعرض الفضولي عن التعمدات التي عقدها هذا باسمه شخصياً .

٣ — أن يرد إلى الفضولي النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها

١ — يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل في حدود إدارته الحسنة ، فإذا حسنت هذه الإدارة ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة منها ، كان رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعمدات التي عقدها باسمه الفضولي ، وأن يعرضه عن التعمدات التي التزم بها شخصياً ، وأن يرد له كل النفقات الضرورية والنافعة التي تسوغها الظروف ، مضافاً إليها فوائدهما من يوم دفعها ، وأن يعرضه تعويضاً عادلاً عن الضرر الذي لحق بسبب قيامه بالعمل . ٢ — ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته . — وقد أقرت لجنة المراجعة النس بسد استبدال كلمة « سوغتها » بكلمة « تسوغها » تحت رقم ٢٠١ في المشروع النهائي . — ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٢٠١ — وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة « في حدود إدارته الحسنة فإذا حسنت هذه الإدارة » الواردة في أول الفقرة الأولى ، واقترحت الإحالة إلى الميار السابق النس عليه في المادة ١٩٨ كما اقترح استبدال كلمة « لحسابه » بكلمة « باسمه » وحذف كلتي « كل » و « شخصياً » وعبارتي « التي سوغتها الظروف » و « تعويضاً عادلاً » . كذلك اقترح جعل المادة فقرة واحدة . فوافقت اللجنة على كل ذلك . وقد اقتضت الصياغة حذف كلتي « منها كان » والاستعاضة عنهما بعبارة « وفي هذه الحالة يكون » . وبذلك أصبح نص المادة كالآتي : « يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته رعاية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعمدات التي عقدها لحسابه الفضولي ، وأن يعرضه عن التعمدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة مضافاً إليها فوائدهما من يوم دفعها وأن يعرضه عن الضرر الذي لحق بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » . وفي جلسة أخرى وافقت اللجنة على إعادة العبارة التي سبق لها أن حذفها وهي « التي سوغتها الظروف » ، وكتبت في تقريرها ما يأتي : « عدلت اللجنة الفقرة الأولى وأدجبت فيها الفقرة الثانية ، وخلاصة التعديل أن اللجنة استبدلت بعبارة « في حدود إدارته الحسنة » عبارة « متى كان قد بذل في إدارته رعاية الشخص العادي » حتى لا يقاود إلى الدهن أن النس يأخذ بمعيار غير الميار التي قرره المادة ١٩٨ ، وهذبت صياغة المادة تهذيباً لفظياً يتناسب مع هذا التعديل وأصبح رقمها ١٩٥ » .

ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٧ — ص ٤٨٥) .

التقنيات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٦ (مطابق) — الليبي م ١٩٨ (مطابق) — المراقى لمقابل — اللبناني م ١٦١ — ١٦٤ (مقارب) .

فوائدها من يوم دفعها ، وبأن يدفع له أجراً على عمله إذا كان العمل الذى قام به الفضولى يدخل فى أعمال مهنته .

٤ — أن يعرض الفضولى عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل .
بقي أن نبين مصدر هذه الالتزامات الأربعة .

فأول التزام منها — وهو الالتزام بتنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عن رب العمل — مصدره النيابة القانونية . وهى نيابة ناشأها القانون بصريح النص فى صدر المادة ١٩٥ إذا يقول : « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص المادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة » .

والالتزامات الثلاثة الأخيرة — تعويض الفضولى عن التهدات التى عقدها باسمه ، ورد النفقات والأجر ، وتعويضه عن الضرر — مصدرها الإثراء بلا سبب^(١) . ومن هنا تتصل الفضايلة بقاعدة الإثراء . ذلك أن الفضولى بما أداه من مصلحة لرب العمل قد تحمل تكاليف وتكبّد نفقات وتحشم ضرراً ، فله أن يسترد هذه التكاليف وأن يسترجع هذه النفقات وأن يعرض عن هذا الضرر . وهو يسترد ما غرمه كاملاً ، لافى حدود إثراء رب العمل لحسب . وفى هذا يتميز الفضولى عن المفتر لمصلحة الغير ، لأن الفضولى متفضل انصرفت نيته إلى تحقيق مصلحة لرب العمل كما قلنا .

ونستعرض : (أولاً) التزامات رب العمل الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام ، تتعلق بأهلية رب العمل ، وبالأثر الذى يترتب على موت رب العمل أو موت الفضولى ، ويتقادم هذه الالتزامات .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى توافرت شروط الفضايلة ، كان لفضولى بحكم القانون أن يطالب رب العمل بالمصروفات التى صرفها والخسائر التى خسرهما ، والزام رب العمل فى هذه الحالة بمصدره قاعدة عدم جواز الإثراء على حساب الغير إذ هو قد أخذ من عمل الفضولى ، ولا يتوقف الالتزام على إرادة رب العمل (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٩ ص ٤٧٦) .]

١٤ — التزامات رب العمل الأربعة

(١) الالتزام الأول — تنفيذ التهمدات التي عقدها الفضولى بالنيابة عنه :

٨٩٣ — رأينا أن الفضولى قد يعقد تصرفاً قانونياً بالنيابة عن رب العمل . فإذا كانت أركان الفضاة متوافرة فى هذه الحالة ، فإن الفضولى يعتبر نائباً عن رب العمل . وهذه النيابة قانونية تقررت بنص فى القانون كما رأينا ، بخلاف نيابة الوكيل عن الموكل فهى نيابة اتفاقية تقررت بمقد الوكالة .

وينبى على ذلك أن العقود التى يبرمها الفضولى بالنيابة عن رب العمل يصرف أثرها مباشرة إلى رب العمل ، فى الحقوق التى أنشأها وفى الالتزامات التى رتبها ، فيعتبر رب العمل هو الدائن فى هذه العقود أو الدين . وباعتباره مديناً يلتزم كما قلنا بتنفيذ الالتزامات التى رتبها هذه العقود . ومن ثم نرى أن هذا الالتزام الأول إنما هو النتيجة للبشارة لفكرة النيابة التى تقوم عليها الفضاة^(١) .

(ب) الالتزام الثانى — تمويض الفضولى عن التهمدات التى عقدها هذا باسمه

شخصياً :

٨٩٤ — قلنا أن الفضولى قد يتعاقد باسمه شخصياً لمصلحة رب العمل . قد يضيق شخصياً مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل . فينشئ عقد المعاولة فى ذمة الفضولى التزامات نحو المقاول . فيلتزم رب العمل فى هذه الحالة أن يعوض الفضولى عن هذه الالتزامات . وإذا كان الفضولى هو الذى يؤديه للمقاول ، فإنه يرجع بما يؤديه على رب

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يلزم رب العمل أولاً بالوفاء بما تعهد به الفضولى . وينبى التفريق فى هذا الصدد بين فرستين : فإذا كانت هذه التهمدات قد تولى عقدها الفضولى باسم رب العمل بأن أضاف القدر إليه ، ألزم هذا مباشرة بمقتضى النيابة القانونية التى تنشأ عن الفضاة ، وبهذا يصبح رأساً دائئاً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية

العمل ، مضافاً إليه الفوائد بالسعر القانوني (٤ في المائة) من يوم أن أدى ، ذلك أن الالتزامات التي أداها تعتبر نفقات ترد بفوائدها على ما سئى .

كذلك الكفيل إذا كان فضولياً بالنسبة إلى الدين الأصلي ، فكفله متطوعاً ، لا مأموراً بالكفالة ولا منهياً عنها ، يلتزم التزاماً شخصياً نحو الدائن أن يوفى له الدين إذا لم يوفه الدين الأصلي . فإذا أدى الدين الدائن ، رجع بدعوى الفضالة على الدين بما أداه ، مضافاً إليه المصروفات والفوائد القانونية ^(١) .

(ح) الالتزام الثالث — رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر :

٨٩٥ — النفقات الضرورية والنافعة : يلتزم رب العمل أن يرد لفضولي « النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف ، مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها » . فإذا قام

— هذا وقد خلطت محكمة الاستئناف المختلطة في العهد الأول ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب عندما قضت بما يأتي : « الأوراق المالية التي جعل لها غوردون باشا سعراً إجبارياً في أثناء حصار الخرطوم ليست أوراقاً تجارية بل هي أوراق قديمة حنأ . ولما كان إصدار الأوراق النقدية هو من حق الحكومة وحدها ، ولم تفوض هذا الحق إلى غوردون باشا ، فإن هذه الأوراق لا يمتنع بها على الحكومة المصرية . ومع ذلك يجوز لحامل هذه الأوراق الحسى النية أن يضابوا برد قيمتها إذا تم أمتهنوا أنهم قدموا للحكومة أو لصلاتها من المؤن والبضائع ما يساوى هذه القيمة » . (استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ٢٢٤) والظاهر أن المحكمة طبقت في هذه القضية قاعدة الإثراء بلا سبب وإن كانت لم تفصح عن ذلك . والصحيح هو ما قاله مارافان من أن غوردون باشا عندما أصدر هذه الأوراق النقدية كان يحمل باسم الحكومة المصرية ، عن طريق الفضالة لأنه لم يتلقى ثمنها ، فتصبح الحكومة المصرية مدينة مباشرة لحامل هذه الأوراق لأن غوردون باشا كان نائباً عنها في هذا التصرف القانوني (أنظر مارافان المحلة المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٣٠ — ص ٣١) .

[وانظر في هذه المسألة : بيدان ج ٩ مكرر بند ١٧١٠ — دى باج ج ٢ بند ١٠٩٠ — ١٠٩٩ — مارتى وريو ج ٢ بند ٣٤٥] .

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية لل مشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أما إذا تعاقد الفضولي باسمه شخصياً ، فإن أضاف القصد إلى نفسه لا إلى رب العمل ، فلا يصبح هذا حادثاً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولي من الأعيان ، ولذا ترجع حقوق القصد والزاماته إلى الفضولي . ولكن رب العمل يلزم بتعويض عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه وفقاً لنوع الإثراء بلا سبب » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٨٣) . ويلاحظ أن الصبغة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية « وفقاً لنوع الإثراء بلا سبب » إنما يراد بها أن يكون التعويض قائماً على أساس الإثراء بلا سبب ، لا أن التعويض يكون أقل القيمة .

الفضولى بترميم منزل لرب العمل ، فإنه ينفق ترميمه فى مصروفات ضرورية . وإذا ما جنى له محصولا يسرع إليه التلف ، فإنه يدفع أجر الأيدى العاملة لجنى المحصول ، وقد يرى من الخير أن يمحزن المحصول تمهيداً لبيعه ، فيدفع مصروفات التخزين ، وهذه مصروفات نافعة تسوغها الظروف . كل هذه المصروفات الضرورية ، وللمصروفات النافعة التى سوغتها الظروف ^(١) ، يرجع بها الفضولى على رب العمل . بل ويرجع بفوائد ما أنفق بالسعر القانونى (٤ فى المائة) من وقت الإنفاق ، وفى هذا استثناء من القواعد العامة تقرر لمصلحة الفضولى ، فإن القوائد القانونية لا تستحق طبقاً لهذه القواعد إلا من وقت المطالبة القضائية ^(٢) . ويلاحظ أن المصروفات النافعة يجب ألا تكون فاحشة ، فلا يجوز للفضولى أن يفرط فى هذه المصروفات حتى لو كان النفع منها محققاً ، بل يجب أن يقف فى هذا عند حد معقول لا يثقل كاهل رب العمل عند الرجوع عليه بها ^(٣) .

ويلاحظ أن التزام رب العمل فى رد النفقات إلى الفضولى يملئ التزام الموكل فى رد النفقات إلى الوكيل . وقد قررت المادة ٧١٠ هذا الالتزام الأخير على الوجه الآتى : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع القوائد من وقت الإنفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة » .

(١) وقد قضت محكمة الصورة الجزئية المختلطة بأن دعوى الفضاة تجمل للفضولى الحق فى أن يسترد المصروفات النافعة ، ما دامت هذه المصروفات كانت نافعة وقت إنفاقها ، حتى لو كان النفع الذى كان ينجم عنها لم يتحقق أو زال بعد تحققه (١٧ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأن للفضولى الحق فى استرداد المصروفات التى اقتضتها أعمال إدارته ، مضافاً إليها القوائد القانونية من وقت الإنفاق . أما فى دعوى الإثراء فلا يسترد للدعى هذه المصروفات إلا فى حدود ما انضم به المالك ، ولا يتقاضى فوائد عنها إلا من وقت المطالبة القضائية (٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا أوى صاحب فندق عاملين جرحاً فى حادث وعالجها ، وقد مات أحدهما وشفى الآخر ، جاز لصاحب الفندق أن يرجع على رب العمل بجميع نفقات المأوى والعلاج ، دون تفریق بين نفقات من مات ونفقات من شفى ، وليس لرب العمل أن يعتبر هذه النفقات مصروفات زائدة على الحد الواجب ، وأن يطلب إقتاصها إلى القدر الجزائى الذى حدده قانون العمل الصادر فى ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (محكمة النقض الفرنسية فى ٢٨ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ١ - ١٣٧ — وانظر أيضاً تطبيقاً على الحكم فى مجموعة كايجان فى الأحكام الرئيسية لقضاء الدنى باريس سنة ١٩٥٠ ص ٤٢٥ — ص ٤٢٧) .

٨٩٦ - الأجر : ويدخل ضمن النفقات أجر القضولى إذا كان العمل الذى قام به يدخل فى أعمال مهنته . فالطبيب والطبيب وللهندس إذا قام أحد منهم بعمل من أعمال مهنته فضايلة لصاحبه الأخير استحق أجره على عمله ، فوق للصروفات التى أنفقاها ، هو الأجر المعتاد لثله .

أما إذا كان القضولى قد قام بعمل لا يدخل فى أعمال مهنته ، كطبيب ومم منزل جار له ، فإنه لا يأخذ أجراً على عمله ، ويقتهر على استرداد للصروفات الضرورية والنافعة على النحو الذى قدمناه (١) .

ويلاحظ أن الوكيل كالقضولى لا يستحق فى الأصل أجراً على عمله . وهو كالقضولى أيضاً فى أنه قد يستحق الأجر . إذا كانت أعمال الوكالة داخلة فى أعمال مهنته . ويختلف عن القضولى فى أنه قد يتفق مع لوكل على أجر ، ولا يصور هذا الاتفاق فى حالة القضولى مع رب العمل . وفى هذا المبنى تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ : « الوكيل تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل » .

(د) الالتزام الرابع — تعويض القضولى عن الضرر الذى لحقه :

٨٩٧ - قد يلحق القضولى ضرر أثناء قيامه بالعمل ؛ يطفىء حريقاً فيتلف أمتعة مملوكة له ، ينقذ شخصاً موشكاً على النرق فيصاب بضرر وهو ينقذه ، يسك بزمام فرس جامح فيصاب بجروح بليغة . فإذا كان الضرر الذى أصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل للألوف من العناية ، وكان وقوعه عليه بشير خطأ منه ، فإنه يدخل ضمن التكاليف التى

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى « والأصل أن القضولى لا يستحق أجراً على عمله ، إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب السل ، إلا أن هذه الفقرة تسقط متى كان ما قام به القضولى من قبيل وجوه الإتفاق الحقيقية بالنسبة له ، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذى أداه يدخل فى أعمال مهنته ، كما هو الشأن فى طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم «عين من الأعيان ، فنعتقد بصح من حقه أن يؤجر على هذا العمل » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٤٨٣) .

[وانظر فى هذه المسألة : دى باج ج ٢ بند ١٠٩٧ من ١٠٦٥ وما بعدها — مارتى وريونج ٢ بند ٣٤٥ من ٣٠٧] .

نحسبهما أثناء القيام بعمله ، ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه ^(١) .

ويلاحظ أن حق الفضولى فى تقاضى تعويض عما يصيبه من الضرر يمدل حق الوكيل فى ذلك . وقد نصت المادة ٧١١ على أنه « يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » .

ويلاحظ أيضاً أنه إذا تمدد رب العمل ، بأن قام فضولى مثلاً بعمل لمصلحة شركاء على الشيوع ، فلا تضامن بين أرباب العمل المتمددين فى التزاماتهم نحو الفضولى ، إذ لا تضامن دون نص ^(٢) . وقد ورد النص فى تمدد الفضولى (م ١٩٢ فقرة ٣) ، وفى تمدد الوكيل (م ٧٠٧) ، وفى تمدد الموكل (م ٧١٢) ، ولم يرد فى تمدد رب العمل . والعلة فى ذلك أن أرباب العمل إذا تمددوا قل أن توجد بينهم علاقة تسوغ قيام التضامن .

§ ٢ — ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام

(أهلية رب العمل — الأثر الذى يترتب على موت رب العمل أو موت الفضولى

— تقادم التزامات رب العمل) .

(١) جاء فى الذاكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويلزم رب العمل أخيراً بتعويض الفضولى تعويضاً عادلاً عما يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل . ويتحقق معنى العدالة فى التعويض متى كان متناسباً مع ما لم يستطع الفضولى إلتاذه من ضرر مع بذل اللأولف من أسباب النجاة . ويقوم حق الفضولى فى اقتضاء التعويض على ما يشتمل فى الضرر الحادث له من إلتقار » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٤) .

وتطبيقاً لحق الفضولى فى اقتضاء تعويض عن الضرر الذى يلحقه ، قضت محكمة الاستئناف الوطنية لسانق قطار بذل جهداً غير عادى لاقتراف حادث ، فأصابه على أثر ذلك اضطراب عصبي جعله غير صالح للخدمة ، بأنه ، ملاوة على ما يستحق من المكافأة طبقاً لقانون المعاشات بسبب فصله من الخدمة ، يحق له بمقتضى البلى المقرر فى المادة ١٤٤ من القانون المدنى (م ١٩٥ جديد) أن يتقاضى تعويضاً نظير الحسارة التى درأها عن مصلحة السكة الحديدية بانقائه حادثاً جسيماً للقطار وفى مقابل ما أصاب صحته من الضرر بسبب هذا العمل (٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠٠ ص ١٣٠ — الحقوق ٥٥ ص ٩٩) .

(٢) [انظر دى باج ج ٢ بند ١٠٩٣ — مارتى ورو ج ٢ بند ٤٣٥] .

(١) أهلية رب العمل :

٨٩٨ - لا تشترط أية أهلية في رب العمل . فمن لم يبلغ سن الرشد والمحجور عليه بل وغير المميز ، إذا قام فضولي بعمل لمصلحتهم ، التزموا نحوه بالالتزامات التي تقدم ذكرها . ذلك أن التزامات رب العمل مصدرها الإثراء بلا سبب كاقلمنا^١ ، وقد رأينا أن المقرئ يلتزم برد ما أثرى حتى لو كان غير مميز . وتردد الفقرة الثانية من المادة ١٩٦ هذا المعنى إذ تقول : « أما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التماقذ^(١) » . ويصح أن يكون رب العمل شخصياً ممنوياً ، كشركة أو جمعية أو مؤسسة أو جهة وقف .

ويلاحظ أن الفضولي إذا عقد تصرفاً قانونياً باسم رب العمل نيابة عنه ، فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوافر في رب العمل حتى ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٢) .

(ب) أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في التزامات رب العمل :

٨٩٩ - لم يرد نص يبين أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في التزامات رب العمل ، كما ورد النص الذي يبين هذا الأثر في التزامات الفضولي (م ١٩٤) . فيجب هنا تطبيق القواعد العامة ، وتطبيقها يؤدي إلى النتائج الآتية :

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما ما يلتزم من الالتزامات في ذمة رب العمل فلا يقتضي فيه أهلية ما ، تصح النيابة القانونية من طريق الفضالة ولو كان الأصل غير مميز . وفي هذه الصورة يلزم الأصل بأداء ما تحمل الفضولي من قفلات وتعميش ما أصابه من ضرر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٧) . ونلاحظ هنا أيضاً أن العبارة الأخيرة « بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب » يراد بها أن يكون التعميش قائماً على أساس الإثراء بلا سبب ، لا أن التعميش يكون أقل القيمتين .

التقنيات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢/١٩٧ (مطابق) — الليبي م ٢/١٩٩ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبناني م ٢/١٦١ (الموافق) .

(٢) [انظر بند ٨٦١ ومامنه من هذا الكتاب] .

إذا مات رب العمل فإن التزاماته تبقى في تركته واجبة للفضولي ، وعلى ورثة رب العمل أن يؤدوا هذه الالتزامات من التركة .

وإذا مات الفضولي ، بقي رب العمل ملتزماً نحو ورثته ، فيرد إليهم المصروفات الضرورية والنصفة وأجر الفضولي إذا استحق أجراً ، ويصوبهم عن الالتزامات الشخصية التي عقدها الفضولي باسمه وعما لحق به من الضرر . وكل هذه الحقوق تدخل في تركة الفضولي وتنقل إلى ورثته بعد موته .

(=) تقادم التزامات رب العمل :

٩٠٠ — سبقت الإشارة إلى المادة ١٩٧ ، وهي تنص على سقوط الدعوى الناشئة عن الفضالة باقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الفضولي بحقه ، وباقتضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه حق الفضولي .

فالدعوى التي يرفعها الفضولي لمطالبة رب العمل بحقوقه ، من استرداد المصروفات والتدويض والأجر وما إلى ذلك ، تتقادم بأقصر مدتين : ثلاث سنوات من وقت علمه بقيام حقه أو خمس عشرة سنة من وقت قيام هذا الحق . وقد تتقادم الدعوى بخمس عشرة سنة قبل تقادمها بثلاث سنوات إذا لم يعلم الفضولي بقيام حقه إلا بعد نشوء هذا الحق بأكثر من اثنتي عشرة سنة . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في مواطن متعددة .

أما في الوكالة فلا تتقادم التزامات كل من الموكل والوكيل إلا باقتضاء خمس عشرة سنة من وقت نفاذ هذه الالتزامات ، لأنها التزامات تعاقدية تقوم على إرادة المتعاقدين ^(١) .

(١) وقد كنا نقدر للقارة في مناسبات متفرقة بين النضالة والوكالة ، وإذا فرغنا من الكلام في الفضالة نأخذ هذه للقارة فيما يأتي :

تقرب النضالة من الوكالة في أن كلاهما مصدر لنيابة ، وفي أن النضالة قد تنقلب إلى وكالة إذا أحيزت والوكالة تنتهي إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو بقي يسبل بعد انتهاء الوكالة . ويختلفان في أن مصدر النضالة عمل مادي ومصدر الوكالة إلتفات ، ومن ثم فالنضالة مصدر لنيابة قانونية ، أما الوكالة فصورة

== نيابة اخاقية ، ويختلفان كذلك في أن عمل الفضولي قد يكون تصرفاً قانونياً ، وقد يكون عملاً مادياً . أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً .

هنا من حيث الأركان . أما من حيث الالتزامات التي تنفصاً من الفضاة والوكالة فتقوم التفرق بينهما فيها على اعتبار جوهرى : هو أن رب العمل لم يختر الفضولى ولم يعهد إليه في أن يقوم بعمل ما ، أما الموكل فقد اختار وكيله وعهد إليه في أن يقوم بعمل وكله فيه . فلك كانت التزامات الفضولى أشد قليلاً من التزامات الوكيل ، وكانت التزامات رب العمل أخف قليلاً من التزامات الموكل ، وإن كانت كل هذه الالتزامات في مجموعها متقاربة . ويظهر ذلك من التفصيل الآتى :

١ — يلتزم الفضولى بالمضى في العمل الذى بدأه . أما الوكيل فله بوجه عام حق الرجوع في الوكالة .

٢ — يلتزم الفضولى بإخطار رب العمل متى تمكن من ذلك . وهذا الالتزام غير متصور في حالة الوكيل .

٣ — يلتزم الفضولى ببذل عناية الرجل المعتاد ، سواء أخذ أجراً أو لم يأخذ . أما الوكيل فيلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إذا أخذ أجراً ، فإذا لم يأخذ أجراً فلا يلتزم إلا ببذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) .

٤ — لا يعتبر الفضولى تاجراً لرب العمل . أما الوكيل فقد يعتبر تاجراً للموكل ، فيكون هذا مسئولاً عنه مسئولية التبوع عن التاجير .

٥ — يرجع رب العمل مباشرة على نائب الفضولى ، ولا يرجع نائب الفضولى مباشرة على رب العمل . أما الموكل ونائب الوكيل فيرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

٦ — إذا تعدد الفضوليون قام بينهم التضامن ، ولا يقوم التضامن بين أرباب العمل إذا تعددوا . أما في الوكالة فيقوم التضامن إذا تعدد الوكلاء أو تعدد للموكلون (م ٧٠٧ و م ٧١٢) .

٧ — يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضاة وتقديم حساب عما قام به . وعليه ، كما على الوكيل ، فوائد اللباغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها وفوائده ما تبقى في ختمه من وقت أن يمتد .

٨ — ينصرف أثر العقد القى أبرمه الفضولى أو الوكيل ، باسم رب العمل ، إلى الوكيل مباشرة إلى هذين .

٩ — تنفص الفضاة والوكالة أيضاً في أن الفضولى أو الوكيل يستعملان فيهما في الالتزامات بالمصروفات ، ويحسب عما أصابه من ضرر ، ويتقاضى فوائد ما أخفق من وقت الإخفاق ولو كان قد يكون حق الفضولى في استرداد المصروفات النافعة التي سوغتها الظروف أخفق قليلاً من حق الوكيل في استرداد ما أخفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد — كذلك في الأجر يأخذ الوكيل أجراً إذا أخفق على ذلك مع الموكل أو إذا دخلت ==

= الوكالة في أعمال حرفته ، أما الفضولي فلا يأخذ أجراً إلا إذا دخلت الفصالة في أعمال حرفته ولا يتصور في حاله الاتحاق على الأجر .

١٠ — أهلية الفضولي تتراوح بين التمييز والأهلية الكاملة على تفصيل يختلف فيه عن الوكيل . ورب السبل يختلف عن الموكل في الأهلية ، إذ لا يشترط فيه أهلية ما ويشترط في الموكل أهلية التصرف الذي وكل فيه .

١١ — موت الفضولي يفسى الفصالة ، ولا يفسى موت رب السبل ، أما الوكالة فتنتقض بموت كل من الوكيل والموكل .

١٢ — قد تنقضى الالتزامات الناشئة عن الفصالة بأقل من خمس عشرة سنة . أما الالتزامات الناشئة عن الوكالة فلا تتقدم إلا بخمس عشرة سنة .

الباب الرابع

القانون

LA LOI

تمهيد

٩٠١ - النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٨ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأتها »^(١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في نظره العامة في هذا الصدد ما يأتي : « أوجز للمشروع إيجازاً يبتغا فيما يتعلق بالالتزامات التي تصدر عن نص القانون مباشرة . وقد حدها على ذلك ما هو ملحوظ في ترتيب هذه الالتزامات وتنظيمها . فكل التزام منها يكفل ذات النص للنشء له بتعيين مضمونه وتحديد مداه . فرجها جميعاً

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - « الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأتها .

٢ - « ولا يشترط أية أهلية في هذه الالتزامات ، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم الحاجة إليها ، وأصبح النص رقم المادة ٢٠٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون الذى يجلس الشيوخ رأى مبدئياً أن الحكم الذى تضمنه النص لا لزوم له فهو تحصيل حاصل ، ولكن اللجنة لم تقطع في ذلك برأى بات . وفي جلسة أخرى وافقت اللجنة على النص كما هو ، وأصبح رقمه ١٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ - - ص ٤٩٣) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « كل التزام أيما كان مصدره المباشر يرجع إلى القانون ، باعتباره المصدر الأخير للالتزامات والمقوق جميعاً . فن الالتزامات ما يكون مصدره المباشر تصرفاً قانونياً أو عملاً غير مشروع أو إزاء بلا سبب ، ويرد في مصدره الأخير إلى القانون . ومنها ، على قبيض ذلك ، ما يكون القانون مصدره المباشر والأخير في آن واحد . وراعى أن القانون يعتبر في هذه الصورة مصدراً وحيداً يكفل بإنشاء الالتزام رأساً ، ويتولى تعيين مداه وتحديد مضمونه . وقد ساق التقنين البنى في معرض التمثيل للالتزامات التي تصدر عن نص القانون التزامات الحوار والالتزام بالإتفاق على بعض الأصهار . وقد تقدم أن التزامات الفصول ، فيما يتعلق بالمضى في العمل والعناية المطلوبة وتقديم الحساب ، كلها ينشأها القانون رأساً ، ويغرد بذلك دون سائر مصادر الالتزام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٩٩ (مطابق) - الليبي م ٢٠١ (مطابق) - العراق م ٢٤٥ (مطابق) - اللبناني م ١٢٠ (موافق) .

أحكام التشريعات الخاصة بها»^(١).

٩٠٢ — كيف يكون القانون مصدرًا مباشرًا للالتزام : كل التزام مصدره القانون. فالالتزام للترتب على العقد ، والالتزام للترتب على العمل غير المشروع ، والالتزام للترتب على الإثراء بلا سبب ، كل هذه التزامات مصدرها القانون ، لأن القانون هو الذى جعلها تنشأ من مصدرها ، وحدد أركانها ، وبين أحكامها . ولكن هذه الالتزامات لها مصدر مباشر ، هو الذى رتب عليه القانون إنشائها . فقد جعل القانون الالتزام ينشأ من مصادر مباشرة ، ثلاثة : (١) تطابق إرادتين : فكل اتفاق بين المدين والدائن على إنشاء التزام ، فى الحدود التى بينها القانون ، ينشئ هذا الالتزام . ويكون مصدره المباشر هو العقد ، والقانون مصدره غير المباشر . (٢) عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالغير : فكل خطأ يصدر من شخص ، ويلحق ضرراً بشخص آخر ، يلزم من ارتكبه الخطأ بتعويض الضرر . ويكون المصدر المباشر للالتزام بالتعويض هو العمل غير المشروع ، والقانون مصدره غير المباشر . (٣) إثراء دون سبب : فكل إثراء أصابه شخص نتيجة مباشرة لافترار شخص آخر ، ولم يكن للثراء مصدر قانونى يستند إليه ، يلزم المثرى بتعويض المقتصر . والمصدر المباشر للالتزام بالتعويض هنا هو الإثراء دون سبب ، والقانون مصدره غير المباشر .

ويلاحظ فى هذه المصادر المباشرة للالتزام — العقد والعمل غير المشروع والإثراء دون سبب — أن القانون اختار علاقات قانونياً ، هو العقد ، وعملين ماديين ، هما العمل غير المشروع والإثراء دون سبب ، وجعل هذه الأعمال الثلاثة مصادر عامة للالتزام . فتنشأ منها نشأ الالتزام ، دون تمييز بين حالة وحالة . فالعقد مصدر عام للالتزام ، سواء كان العقد بيعاً أو هبة أو قرضاً أو إيجاراً أو عارية أو وكالة أو غير ذلك من العقود المسماة ، وسواء كان العقد مسمى أو غير مسمى ، وأياً كان الالتزام الذى ينشأ من عقد معين . ولم يختص القانون حالة دون حالة فى جعله مصدرًا للالتزام . والعمل غير المشروع مصدر عام للالتزام ،

يستوى في ذلك أن يكون هذا العمل حادثاً من حوادث النقل ، أو حادثاً من حوادث العمل ، أو خطأ في أعمال اللهنة ، أو عملاً يخل بالشرف والاعتبار ، أو منافسة غير مشروعة ، أو تعسفاً في استعمال الحق ، أو غير ذلك من الأعمال غير المشروعة . ولم يجعل القانون العمل غير المشروع مصدراً للالتزام في حالات دون أخرى ، بل جملة مصدراً عاماً يتناول جميع هذه الحالات ^(١) . والإثراء دون سبب مصدر عام للالتزام ، لا فرق في ذلك بين إثراء إيجابى وإثراء سلبى ، ولا بين افتقار إيجابى وافتقار سلبى ، ولا بين قيمة مادية وقيمة معنوية ، ولا تمييز بين القاعدة العامة وتطبيقاتها الخاصة من دفع غير المستحق وعمل الفضولى . ولم يقصر القانون الإثراء دون سبب كمصدر للالتزام على حالة من هذه الحالات دون حالة ، بل عممه عليها جميعاً ، وجملة فيها كلها مصدراً للالتزام .

وإلى جانب هذه المصادر المباشرة يختار القانون حالات خاصة ، ويرتب في كل حالة منها التزاماً ، يستند حقاً إلى عمل قانونى أو إلى عمل مادى ، ولكن يستند إليه لا كمصدر عام ينشئ الالتزام في هذه الحالة وفي غيرها من الحالات — كما فعل في المصادر المباشرة — بل كواقعة تنشئ الالتزام في هذه الحالة وحدها دون غيرها . وهنا إذا قيل إن العمل القانونى أو العمل المادى هو مصدر الالتزام في هذه الحالة الخاصة كان هناك شيء من التجوز ، فالواقع أن القانون ذاته هو المصدر المباشر لهذا الالتزام ، إذ أنشأه ، لا عن طريق نص عام بل بنص خاص عين هذه الحالة بالذات ، وحدد نطاقها ، ورسم مداها ، ورتب عليها حكمها . بالنص القانونى — لا العمل القانونى ولا العمل المادى — هو المصدر المباشر للالتزام ^(٢) .

(١) [راجع حكم محكمة النقض الذى قضى بأن مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون لا تنسب إلى العمل غير المشروع وإنما تنسب إلى المصدر الخامس من مصادر الالتزام وهو القانون باعتبار هذه القرارات تصرفات قانونية وليست أعمال مادية ، ومن ثم فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق الصوئس لا تسقط إلا بالتقادم المادى : قضى مدنى فى ١١ من إبريل سنة ١٩٦٣ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٤ س ٥٢٠ رقم ٧٤] .

(٢) فنى الالتزامات ذات المصادر المباشرة يكون المصدر المباشر هو المصدر الأول للالتزام ، ثم يأتى ==

فعل القانون ذلك في بعض الوقائع المادية وفي بعض الأعمال القانونية ، فمبين حالات خاصة ، بعضها يستند إلى واقعة مادية وبعضها يستند إلى عمل قانوني ، وأنشأ في هذه الحالات التزامات قانونية هو مصدرها المباشر . أما الحالات الخاصة التي تستند إلى واقعة مادية ، فهي التزامات الأسرة والتزامات الجوار والتزامات القضولى والتزام حائز الشيء بمرضه إذا كان محلاً لنزاع^(١) . وأما الحالات الخاصة التي تستند إلى عمل قانوني . فهذه كلها تستند إلى الإرادة المنفردة (volonté unilatérale) ، كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة^(٢) .

ويستخلص من ذلك أمران : (أولاً) أن القانون هو مصدر مباشر لبعض الالتزامات . ومن ثم لا سبيل إلى تحديد هذه الالتزامات القانونية إلا بالنص . فالنص القانوني وحده هو الذى ينشئ هذه الالتزامات ، وهو مصدرها الوحيد . (ثانياً) والنص وحده هو أيضاً الذى يتكفل بتعيين أركان الالتزام القانوني ويبيان أحكامه .

ونبحث كلا من هاتين المسألتين .

== القانون بمذلك مصدر غير مباشر . أما في الالتزامات القانونية ، فالقانون هو المصدر الأول والأخير ، والنص القانوني هو الذى ينشئ الالتزام مباشرة دون أن يستند في إنشائه إلى واقعة أخرى كصدر مباشر .

ونرى من ذلك أن القانون يستبقى وصايته على بعض الوقائع التي تكون مصدرها للالتزام . فمبىك بزمائها ، ولا يرتب الالتزام على ما يختاره منها إلا بالنص . وهو في الوقت ذاته يمرر بعض الوقائع من هذه الوصاية ، فيجعلها مصادر عامة للالتزام ، وهذه هي العقد والعمل غير المشروع والإشراء دون سبب .

(١) انظر المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدي للفقنين المدني الجديد ، وقد حذفتها لجنة المراجعة ، وسنعود إليها فيما على . هنا ويلاحظ أن التزامات رب العمل ، بخلاف التزامات القضولى ، لها مصدر عام هو الإشراء بلا سبب .

(٢) وسنرى فيما على أن الالتزامات التي تنشأ عن الإرادة المنفردة في الفقنين المدني الجديد هي التزامات أنشأتها نصوص خاصة ، فهي التزامات قانونية . ولم ترق الإرادة المنفردة في الفقنين الجديد إلى أن تكون مصدرها عاماً للالتزام ، بالرغم من أفراد فصل خاص لها .

المبحث الأول

النص هو الذى ينشئ الالتزام القانونى

٩٠٣ — هل هناك سياسة تشريعية توغهاها القانون فى إنشاء الالتزامات القانونية: رأينا أن المصدر المباشر للالتزامات القانونية هو القانون ذاته ، فلا توجد وسيلة إلى معرفة الالتزامات القانونية وتحديدتها إلا الرجوع إلى النصوص القانونية . فأينما نجد نصاً ينشئ التزاماً ، قم التزام قانونى .

وقد يبدو أن الالتزامات القانونية ، وقد وكل أمر إنشائها إلى النصوص ، تخلقها هذه النصوص تحكماً ، دون أن تكون هناك فى إنشائها سياسة مرسومة . فحيث يستحسن المشرع إنشاء التزام قانونى ، أنشأ هذا الالتزام بنص تشريعى .

وهذا هو الظاهر . ولكن الواقع من الأمر أن المشرع يخضع فى إنشاء الالتزامات القانونية ، كما يخضع فى إنشاء سائر العلاقات القانونية ، إلى سنن طبيعية يطيعها عن شعور أو عن غير شعور .

ونبين كيف يخضع المشرع لهذه السنن الطبيعية فى إنشاء الالتزامات القانونية .

المطلب الأول

الالتزامات القانونية التى تستند إلى الوقائع المادية

٩٠٤ — الالتزامات السلبية: يدهى أن الإنسان يلتزم بإرادته فى الحدود التى يسمح بها القانون . فالالتزام الإرادى لاعناء فى تبرره . وحيث يوجد التزام لا يقوم على الإرادة ، فالقانون هو الذى أوكله .

والقانون فى إنشائه للالتزامات غير الإرادية يدخل فى حسابه اعتبارات أدبية واجتماعية .

ولكنه لا يستطيع أن يتقاد لهذه الاعتبارات وحدها، بل يجب عليه أن يراعى اعتبارات أخرى في الصياغة القانونية، أهمها أنه لا يستطيع أن يصوغ التزاماً مبهماً غير محدد، أباً كانت المبررات الأدبية والاجتماعية لإنشائه. فهو لا يستطيع مثلاً أن ينشئ التزاماً إيجابياً يفرض على كل شخص أن يساعد غيره أو أن يفيته عند الحاجة. مثل هذا الالتزام المحدد مقضى عليه أن يبقى في دائرة الآداب والاجتماع. ويتناول القانون في رفق بعض نواحيه، فيبرز منها ما يتمكن من تعديده، ويصوغه التزامات قانونية، فينتقل بذلك من عالم الأخلاق والاجتماع إلى عالم القانون.

وأول ما استطاع القانون أن يفعل ذلك كان في الالتزامات السلبية، لأنها أسهل تعديداً وأخف عبئاً وأظهر حاجة. فأوجد التزامين قانونيين أخذ بهما الناس كافة. قال في الأول منهما: لا تضر بالغير دون حق، فوجد العمل غير المشروع مصدراً عاماً للالتزام. وقال في الثاني: لا تثر على حساب الغير دون سبب، فوجد الإضرار دون سبب مصدراً عاماً آخر.

وهنا وقف القانون، ولم يستطع أن يخطو خطوة ثالثة ليضع قاعدة عامة كالتاعدتين الأوليين. ذلك أنه كان يقرر في هاتين القاعدتين التزامات سلبية. فإذا هو خرج من المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية، ومن النهى عن الإضرار والإضرار إلى الأمر بالمعاونة والمساعدة، فثم المسر والتحكم، إذ تختلط الحدود، وتنهمر الضوابط.

٩٠٥ — التزامات الإيجابية: على أن القانون لم يسهه أن يقف عند هذه الحدود السلبية، بل تقدم إلى المنطقة الإيجابية ولكن في كثير من الأثناء. وإذا كان قد استطاع كما قدمنا أن يقول في عبارة عامة: لا تضر بالغير، ولا تثر على حساب الغير، فإنه لم يستطع أن يقول: ساعد الغير في عبارة لها ذات العموم والشمول. قال: ساعد الغير، ولكن في مواطن معينة رسم حدودها وأحكم ضوابطها.

فبدأ بمن ساعد الغير فعلا من تلقاء نفسه — الفضولى — وقال له عليك أن تمضى فى عملك مادمت قد بدأت ، وعليك أن تبذل فيه عناية محمودة ، وعليك أن تقدم عنه حساباً . هذه هى الالتزامات القانونية التى ترتبها النصوص فى ذمة الفضولى ، ومصدرها القانون كما سبق أن قررنا .

ثم سار خطوة أوسع ، وأوجب مساعدة الغير ابتداء . ولكنه لم يستطع أن يرسم فى ذلك التزامات محددة إلا فى نطاق محدود . نطاق الأسرة وأفرادها يتصل بعضهم ببعض أوتق الاتصال ، ونطاق الجيران والصلة فيما بينهم قائمة موطدة ، ونطاق أصحاب المهنة ، ونطاق الجمعيات والنقابات ، بل نظر فى حالات نادرة إلى الأمة كجماعة واحدة وأوجب على أفرادها التزامات قانونية نحو المجموع أو نحو الدولة .

أما فى نطاق الأسرة ، فقد أنشأ التزامات قانونية مختلفة . من ذلك التزامات الزوجية ، والالتزامات ما بين الأبوين والأبناء ، والالتزامات المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة ، والالتزامات بالنفقة ، وغير ذلك من التزامات الأسرة ، وكلها تقوم على تضامن الواجب فيما بين أفرادها .

وأما فى نطاق الجوار ، فهناك التزامات سلبية ، كوجوب الامتناع عن إحداث مضار فاحشه للجيران ، وعدم الإطلال على الجار من مسافة معينة . وهناك التزامات إيجابية ، كالترام الجار نحو جاره فى الشرب والمجرى والمسيل وللرور وكالاتزامات التى تنشأ بسبب الحائط المشترك والحائط الذى يستتر به الجار ، وكالاتزامات التى تنشأ بسبب ملكية الطبقات فى اللبى الواحد .

وفى نطاق المهنة ، أوجد القانون فى ذمة رب العمل التزامات نحو عماله فى تعويضهم عن مخاطر العمل ، وأوجد فى ذمة أصحاب المهنة الواحدة التزامات نحو عملائهم فيحفظون بأسرار المهنة ويبادرون إلى إسعاف من يحتاج إلى معونتهم ، وينخرطون فى سلك هيئة واحدة .

وفي نطاق الجمعيات والقباط ، أنشأ التزامات مختلفة في ذمة أعضاء هذه الجمعيات والقباطات تقوم على التعاون فيما بينهم .

ونظر القانون إلى الأمة كجماعة واحدة ، فأنشأ التزامات في ذمة أفرادها نحو الدولة ، أهمها الالتزام بدفع الضرائب .

والقانون في كل ما قلناه يتوخى سياسة واحدة . لا ينشئ التزاماً قانونياً إلا وهو يقوم على التضامن الاجتماعي ، ثم يكون هذا الالتزام محدد المعالم ، معروف للدى ، منضبط الحدود . وقد ترك التعميم إلى التخصيص مذ جاوز النطاق السلبي إلى النطاق الإيجابي ، فانتقل من الالتزامات العامة التي يكون مصدرها المباشر واقعة مادية ، إلى التزامات قانونية محددة تقوم مباشرة على نصوص قانونية خاصة .

المطلب الثاني

الالتزامات القانونية التي تستند إلى الإرادة المنفردة (*)

٩٠٦ — هل نستطيع الإرادة المنفردة أنه تنشئ التزاماً^(١) : رأينا فيما تقدم أن

(*) بعض للمراجع في الإرادة المنفردة : دمج في الالتزامات ١ فترة ١٨ وما بعدها — سالي الالتزامات فترة ١٣٨ — فترة ١٤٤ — ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ — جيهير (Guilhaire) رسالة من دن سنة ١٩٠١ — إلياس (Elias) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — تالاندييه (Tallandier) رسالة من تولوز سنة ١٩١٢ — كولدرج (Coldberg) رسالة من نانسي سنة ١٩١٣ — مارسكو (Maresco) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ — [وأيضاً : مارتان دي لاموت رسالة من تولوز سنة ١٩٥١ — أحمد سلامة رسالة من باريس سنة ١٩٥٧ منشورة بمجلة العلوم القانونية السنة ٥ القسم الفرنسي ص ٥١ — ويغ في دور الإرادة في التصرف القانوني رسالة من ستاسبورج سنة ١٩٦١] — تارد (Tarde) في تطورات القانون من ١١٩ وما بعدها — ديجيه (Duguit) في تطورات القانون الخامس [وانظر أيضاً مارتى ورينو ج ٢ ص ٢٧٥ بند ٣١٥ وما بعده — دي باج ج ٣ بند ٥١ ص ٦٥] — نظرية المقد للمؤلف فترة ١٨٠ — فترة ١٩٦ — حلمي يهجت بدوى فترة ٧٥ — فترة ٧٨ — [حشمت أبو ستيت فترة ٤٠٤ — فترة ٤١٤ — عبد الحى حجازى في مصادر الالتزام — محمد كامل مرسى في المصادر غير التقديرية — أنور سلطان في مصادر الالتزام — عبد النعم فرج الصدة في مصادر الالتزام .

(١) انتقل ما يلي عن نظرية المقد للمؤلف فترة ١٨٠ — فترة ١٨٥ .

المقد ، وهو تطابق إرادتين ، يعتبر مصدراً عاماً للالتزام ، فما هي قيمة الإرادة المنفردة ، وهل تستطيع أن تنشئ التزاماً ؟ وإذا كانت تنشئ الالتزام ، فهل هي كالمقد مصدر عام للالتزام ، أو أن القانون يقتصر على الاستناد إليها لإنشاء التزامات قانونية محددة بمقتضى نصوص قانونية خاصة ؟

لا شك في أن الإرادة المنفردة ، وهي عمل قانوني صادر من جانب واحد (*acte juridique unilatéral*) ، تنتج آثاراً قانونية مختلفة . فقد تكون سبباً لكسب الحقوق العينية كالوصية ، وسبباً لسقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أو حق رهن ، وقد تثبت حقاً شخصياً ناشئاً عن عقد قابل للإبطال كالإجازة وقد تجعل عقداً يسرى على الغير كالإقرار ، وقد تنهى رابطة عقدية كمنزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة . أما بالنسبة إلى إنشاء الحق الشخصي (الالتزام) أو إسقاطه ، فالإرادة المنفردة في التقنين المدني الجديد تسقط الحق الشخصي بالإبراء (م ٣٧١) ، وبقي أن نعرف هل هي أيضاً تنشئ الحق الشخصي ؟ وقبل أن نعالج هذه المسألة في التقنين المدني الجديد ، نستعرض فيها نظريتين متعارضتين .

فالنظرية الفرنسية تذهب إلى أن الالتزام الذي يتولد عن عمل قانوني لا يكون مصدره إلا عقداً أي توافق إرادتين ، أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاماً . وهذه قاعدة ورثها القانون الفرنسي من تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، وأصبحت من القواعد المتفق عليها قهراً وقضاء في فرنسا^(١) وفي مصر في عهد القانون القديم^(٢) . ولكن نظرية ألمانية ذهبت إلى أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً . وعلى رأس القائلين بهذه

(١) بودرى وبارد ١٤١٢ فقرة ٣٨ م ٣٦ — م ٣٧ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٢ — لوران ١٥ فقرة ٤٦٥ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٥ — بيدان في الالتزامات فقرة ٥٨ . محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٣ سيرة ١٩٠٨ — ١ — ٤٠٤ .

(٢) والقانون ١ م ١٧ — نظرية العقد المؤلف فقرة ١٨١ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٠١ — أوفي يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ م ٣٢٢ — ولي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٣٢ .

النظرية من الفقهاء الألمان سيجل (Siegel) . فقد ذهب إلى أن تقاليد القانون الجرماني تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام ، فمن يتعاهد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادته المتعاهد الآخر ، ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم ، فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه . وقد انتصر لهذه النظرية غير سيجل من الفقهاء الألمان كثيرون^(١) ، وسائر الفقهاء الألمان بعض الفقهاء الفرنسيين^(٢) .

ويستند أنصار النظرية الألمانية إلى الحجج الآتية : (١) القول بضرورة توافق إرادتين لإنشاء التزام يسد الباب دون ضروب من التعامل يجب أن يتسع لها صدر القانون . فلا يمكن بغير الإرادة المنفردة أن تفسر كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بمرض يقدمه للجمهور ، أى لغير شخص معين . وقد يكون الدائن غير موجود في الحال ولكنه سيوجد في المستقبل ، أو يكون موجوداً ولكن حال بينه وبين القبول حائل بأن

(١) أنظر جاكوبي (Jacobi) وكونتس (Kuntze) وكوبن (Koppen) ومانزمان (Mannesmann) وهولتسندورف (Holzendorff) في المراجع المشار إليها في نظرية العقد للؤلف في ١٨٦ هامش رقم ١
(٢) أنظر تارد (Tarde) في تطورات الفانون ص ١٢٠ — ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٨ ص ٥٥ و ٢ فقرة ٥٥٣ ص ١٣٦ - كولان وكابيتان ٢ ص ٢٧١ — ص ٢٧٢ — ورمز في رسائله الإرادة المنفردة باريس سنة ١٨٩١ .

والأستاذ ورمز هو من أسبق الفقهاء الفرنسيين إلى نشر نظرية الإرادة المنفردة في فرنسا ، إلى جانب الأستاذ سالي التي تولى نشر النظريات الألمانية في كتابيه المرفوقين ، الالتزامات في القانون الألماني والإعلان عن الإرادة . وقد تنبج الأستاذ ورمز لنظرية الإرادة المنفردة أكبر تشجيع ، وهو يرى أن التطور التاريخي للارادة ، باعتبارها منشئة للالتزام ، يدل على أنها تخلصت تدريجياً من الأوضاع التي كانت تحوط بها ، وأن لها أن تخلص من ذلك جلة واحدة ، فلا تبقى على اشتراط توافق إرادتين لإنشاء الالتزام ، لأن ضرورة اتحاد إرادتين نوع من الشكليات لا يزال باقياً ، فإذا قضينا عليه أصبحت الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الالتزام . والدليل على أن الإرادة الواحدة هي التي تولد الالتزام أن من صدر منه الإيجاب إذا عدل عن إيجابه ولم يصل ذلك إلى علم الطرف الآخر قبل أن يقبل ، فإن العقد يتم رغماً من عدول الموجب وعدم توافق الإرادتين ، ولا يمكن تفسير ذلك إلا بأن الإيجاب ، وهو إرادة منفردة ، ملزم بذاته (رسالة الأستاذ ورمز ص ١٦٥ و ص ١٧٩) . ويقول أيضاً إنه متى سلمنا بأن الإرادة المنفردة تكون مصدراً للالتزام ، فلا معنى لعدم الأخذ بهذا المذهب في العقد ذاته ، لأنه إذا كانت الإرادة وحدها تولد التزاماً ، فلماذا لا نستطيع أن يكون هي وحدها مصدر الالتزام إذا اقترنت بإرادة أخرى ، فهل يمكن أن تكون الإرادة المقترنة بإرادة أخرى أصنف من الإرادة المنفردة ! (أنظر رسالة الأستاذ ورمز ص ٩٣) .

مات قبل صدور القبول منه أو فقد أهليته ، ففي كل هذه الفروض ، وهى فروض تقسم كثيراً فى العمل ، لا يمكن القول بوجود الالتزام فى ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين ، فالقول بمجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج . (٢) من الصعب أن تتوافق إرادتان توافقاً تاماً ، ولا يمكن التثبت من توافقهما إلا إذا تعاصرتا فى لحظة واحدة ، وهذا مستحيل فى التعاقد بالمراسلة . بل هو أيضاً مستحيل حتى إذا وجد المتعاقدان فى مجلس واحد ، فإن أحد المتعاقدين لابد أن يسبق الآخر فى إظهار إرادته وهذا هو الإيجاب ، ثم يتلوهُ الآخر فيظهر القبول ، فالإيجاب والقبول يتعاقبان ، فإذا أردنا التأكد من أنهما يتعاصران فيتوافقان ، فلا بد من أن نفرض أن من صدر منه الإيجاب قد ثبت على إيجابه حتى اقترن بالإيجاب القبول ، وهذا محض فرض نأخذ به كما نأخذ بإرادة مفروضة نزع منها هى الإرادة الباطنة . والأولى أن نتجنب هذه الفروض وأن نواجه الحقيقة كما هى ، فالملتزم بالمقد إنما يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة الدائن ، فهو يوجد حقاً فى ذمته لشخص آخر بمجرد إعلان إرادته ، ورضاء الآخر بهذا الحق هو مجرد انضمام (adhesion) تطلبناه حتى لا يكسب الدائن حقاً دون إرادته . وقد لا تتوافق الإرادتان ومع ذلك يوجد للعقد ، كما إذا عدل اللوجب عن إيجابه وكان الطرف الآخر قد صدر منه القبول قبل أن يعلم بصدور الطرف الأول . (٣) ثم إنه ليس فى المنطق القانونى ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته ، فالإنسان حر فى أن يقيد نفسه فى الدائرة التى يسمح بها القانون ، بل إن سلطان الإرادة هنا أشد نقاذاً منه فى نظرية توافق الإرادتين ، إذ الإرادة المنفردة تصبح قادرة وحدها على إيجاد الالتزام ، وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها . أما القول بوجود توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغائبة التى كانت تحد من سلطان الإرادة ، فقديمًا كانت الإرادة لا توجد أترأ قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة ثم اندثرت هذه الأشكال حتى لم يبق منها اليوم إلا النادر ، وأصبحت الإرادة هى التى توجد الأثر القانونى التى تتجه إليه ، فالواجب أن نصل فى هذا التطور إلى غايته المنطقية ، وأن نقول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى . على أننا نتطلب رضاء

الدائن حتى لا يكسب حقاً بالرغم منه ، ولكن هذا الرضاء لا يوجد الالتزام ، بل إن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين .

ويعترض أنصار النظرية الفرنسية على النظرية الألمانية بما يأتي : (١) أن نظرية الإرادة المنفردة غير قائمة على أساس صحيح ، لأنه إذا أمكن فهم أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة ، فلا يمكن أن يفهم كيف أن الدائن يصبح دائماً دون إرادته . وإذا قيل إن المدين يلتزم لغير دائن ، فما معنى هذا الالتزام وما قيمته ؟ وإذا قيل إنه لا بد من إرادة الدائن حتى يصبح دائماً ، فهذا هو توافق الإرادتين ومنه ينشأ العقد . (٢) يقضى المنطق ذاته بعدم التسليم بنظرية الإرادة المنفردة . فإنه إذا قيل إن للإرادة المنفردة هذا السلطان ، وإن في مكنتها أن تولد التزاماً ، وجب القول أيضاً إنها تستطيع أن تقضى هذا الالتزام ، وما تستطيع الإرادة وحدها أن تعقله تستطيع وحدها أن تحله . وبهذا يصبح التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقاً على محض إرادته ، فيكون التزاماً متصلاً . (٣) على أن نظرية الإرادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة . فهي تفترض دائماً أن أحد المتعاقدين وزن الأمر قبل التعاقد ، وبت فيه بقرار نهائي ، وأعلن طرفة عن إرادته ، ولم يكن أمام الطرف الآخر إلا أن يقبل أو يرفض . مع أن الأمر غير ذلك . فالذي يقع في العمل عادة أن المتعاقدين يتفاوضان ، وما يزالان في أخذ ورد لا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر ، وكل إرادة تؤثر في الأخرى وتعدل من اتجاهها ، حتى تتوافق الإرادتان ، وعند ذلك يتم العقد . ومن هذا نرى أن إرادة الطرف الآخر ليست مجرد إقرار لإرادة الطرف الأول ، بل كثيراً ما تؤثر فيها ويتفاعلان حتى ينتج من تفاعلهما إرادة متحدة هي العقد ، فكلتا الإرادتين اشتركت في تكوين الالتزام ، ولم تستقل إحداها بذلك كما يزعم أنصار نظرية الإرادة المنفردة .

والآن بسد أن استعرضنا حجج الفريقين ، نشق قليلاً لتقدير مبلغ ما في نظرية الإرادة المنفردة من صحة . ونبدأ بملاحظة أن الاعتراضات التي يتقدم بها خصوم النظرية لا تصل من الخطر إلى حد أن تدك قواعدنا . أما أن الدين لا يوجد دون دائن ، فقد

قدمنا أن النظرية المادية تنظر إلى الالتزام كقيمة مالية أكثر منه رابطة شخصية ، ويترتب على هذا النظر أنه يمكن تصور دين دون دائن مادام المدين موجوداً وقت نشوء الدين ومادام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولولم يوجد قبل ذلك . أما القول بأنه إذا صح للإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً صح لها أيضاً أن تقضيه ، فهذا خلط بين أثر الإرادة في العالم النفسى وأثرها في الروابط الاجتماعية . فإن الإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها ، ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها ، فوجب احترام هذه الحالة التي أوجدتها الإرادة ، ولا يجوز عندئذ العدول إذا ترنّب عليه الإخلال بهذه الثقة المشروعة ، فالإرادة المنفردة إذا عقدت التزاماً وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحمله إذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل . يبقى الاعتراض الثالث ، وهو أن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الإرادتان وتؤثر إحداهما في الأخرى . وهذا صحيح من الناحية النفسية أيضاً ، أما من الناحية الاجتماعية فن الممكن أن نميز مرحلة تنتهى عندها هذه المفاوضات ويدخل الإيجاب في دوره النهائى ويصبح إيجاباً باتاً . ولا شك في أن هذا الإيجاب البات قد أثرت فيه عوامل مختلفة قبل أن يصبح كذلك ، ومن أم هذه العوامل إرادة الطرف الآخر . ولكن لا شك أيضاً في أنه بعد أن أصبح إيجاباً باتاً صار منسوباً لإرادة من صدر منه ما دام قد ارتضاه في النهاية ، وعند ذلك يتحقق أن يكون أحد الطرفين قد تقدم بإرادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها . هذا إلى أن هناك أحوالاً كثيرة تقع في العمل ، يتقدم فيها أحد الطرفين بإيجاب بات لا تسبقه مفاوضات ، ومن ذلك ما يجرى في عقود الإذعان .

فنحن لا نرى فيما تقدم من الاعتراضات على النظرية الألمانية ما يصلح لهدمها . ولكننا مع ذلك لا نعتقد أن الفرق كثير من الناحية العملية بين النظريتين الألمانية والفرنسية . ذلك أن الأساس المنطقي للنظرية الألمانية هو أن الإرادة قادرة على إلزام صاحبها مادام يلتزم في دائرة القانون ، ولا حاجة لأن تقتن إرادة الدائن بإرادة المدين حتى ينشأ الالتزام .

ونحن لانرى لماذا لا يكون هذا صحيحاً لا من الناحية للمنطقية فحسب ، بل من الناحية القانونية أيضاً . ومادام القانون قد وصل فى تطوره إلى أن يحمل للارادة سلطاناً فى إيجاد الآثار القانونية ، فلماذا يقف سلطان الإرادة دون إنشاء الالتزامات ! يستطيع المدين إذن أن يلتزم بإرادته المنفردة ، ولكنه يستطيع أيضاً ، وطبقاً لسلطان الإرادة ذاته ، أن يتحمل من التزامه بإرادته المنفردة ما دامت هذه الإرادة لم تولد ثقة مشروعة . فالالتزام الذى يقضه المدين بإرادته التزام محلول . وإلى هنا لا يوجد فرق كبير بين النظريتين الألمانية والفرنسية . فالنظرية الأولى ترى للمدين قد أوجد التزاماً بإرادته المنفردة ولكنه التزام ينحل عنه فى أى وقت شاء ، والنظرية الثانية ترى للمدين لم يوجد بإرادته المنفردة أى التزام . ولا يوجد فرق عملى كبير بين التزام غير موجود والتزام موجود ولكن يمكن التحلل منه .بقى أن النظرية الألمانية لاتسمح للملتزم بإرادته المنفردة أن يتحمل من التزامه إذا ولدت إرادته ثقة مشروعة لا يجوز الإخلال بها . وهذا لا يتحقق إلا إذا فرضنا أن إرادة المدين قد ولدت عند شخص معين ، هو الدائن ، ثقة مشروعة جعلته يعطمئن إلى العمل بمقتضى هذه الإرادة . فإذا تحقق هذا الفرض ، وألزمت النظرية الألمانية المدين بإرادته المنفردة ، جاز للنظرية الفرنسية أن تقول بالتزام المدين أيضاً ، ولكن لا بإرادته المنفردة ، بل بتوافق إرادته مع الإرادة الضمنية للدائن وهى إرادة تستخلص من اطمئنانه لإرادة المدين والنزول على مقتضاها فى تصرفه . وسواء كان سبب التزام المدين فى هذه الحالة هى إرادته المنفردة كما يقول الألمان ، أو المعقد كما يقول الفرنسيون ، فالنتيجة العملية واحدة ، إذ المدين ملتزم التزاماً لا رجوع فيه فى كلا القولين .

على أننا مهما قربنا ما بين النظريتين ، فإنه لا يفتونا أن الأساس الذى بنى عليه كل منهما لا يزال مختلفاً . وهذا الاختلاف فى الأساس قد يؤدى إلى نتائج ذات بال . ويكفى أن نشير هنا إلى أنه فى الفرض الأخير الذى عالجنه ، إذا قلنا مع الألمان بالتزام المدين بإرادته المنفردة ، كان التزامه موجوداً منذ صدور هذه الإرادة . أما إذا قلنا مع الفرنسيين

إن المدين يلتزم بتوافق إرادته مع إرادة الدائن ، لم يوجد الالتزام لإعند توافق الإرادتين ، أي عند صدور الإرادة الضمنية من الدائن . ثم إن التمشي مع النظرية الألمانية يجعلنا نحذف المقد من بين مصادر الالتزام ونحمل الإرادة المنفردة محله . أما النظرية الفرنسية فلا تفسح مجالاً للارادة المنفرد بين هذه المصادر ، وتحميل المقد وحده هو العمل القانوني الذي ينشئ التزاماً .

ومهما يكن من أمر فإن القانون الألماني ذاته لم يحمل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، بل أخذ بها على سبيل الاستثناء في حالات محددة على سبيل الحصر بمقتضى نصوص قانونية خاصة^(١) . أما المشروع الفرنسي الإيطالي فقد جعل من الإرادة المنفردة ، إلى جانب المقد ، مصدراً عاماً للالتزام^(٢) . وسنرى الآن أن التقنين المصري الجديد نهج

(١) وقد نصت المادة ٣٠٥ من القانون المدني الألماني على أن إنشاء الالتزام من طريق العمل القانوني لا يكون إلا بعقد ، عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك . وفي هذا يقول المعلقون على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ما يأتي : « إن الفرض من تقرير هذا المبدأ هو إخراج الإرادة المنفردة من أن تكون مصدراً عاماً لإنشاء الالتزامات ، في الحسد الذي ينشأ فيه الالتزام من عمل قانوني . صحيح أنه طلب ، حتى من اللجنة الثانية (لتحضير مشروع القانون الألماني) ، حذف هذا النص ، لتترك المسألة لتقدير الفقهاء . وقد كان هذا يسمح للقضاء ، مع تمسكه بالقاعدة التقليدية ، أن يتوسع في الاستثناءات التي يدخلها على القاعدة . ولكن الأغلبية لم تكن من هذا الرأي . ومع ذلك فقد أريدت الإشارة إلى الأحوال الاستثنائية التي يعترف بها القانون ، حتى يكون من المقرر أن الحالات التي يسلم فيها القانون بأن الالتزام ينشأ من مجرد إرادة منفردة يكون من المستطاع تصورها على اعتبار أنها استثناء من القاعدة الواردة في المادة ٣٠٥ ، وتطبيق لنظرية الإرادة المنفردة » (الترجمة الفرنسية للتقنين الألماني م ٣٠٥) .

هذا وقد احتاط المشرع الألماني في أنه لم يحمل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام لاعتبارات عملية . وفي هذا يقول سالي : « إذا كان المشرع الألماني قد رفض الأخذ بالنظرية كبداً عام ، فذلك راجع دون شك للأسباب التي أبدعها برنتر (Brinz) ، فإن من الخطر إعطاء مثل هذه الحرية للارادة ، إذ يصعب أمام مظهر هذه الإرادة المنفردة ، أن ندين هل هناك التزام بات جدي ، أو أنه لا يوجد إلا قول أنني جزافاً دون أن يقصد صاحبه أن يتقيد به » (الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٤٢) .

(٢) وقد اتفرد المشروع الفرنسي الإيطالي بعقد فصل خاص للارادة المنفردة باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام . ففصل في المادة ٦٠ بأن الإرادة المنفردة إذا كانت مكتوبة ، واقتربت بأجل محدد ، تنزم صاحبها بمجرد وصولها إلى علم من توجهت إليه ولم يرفضها ، وتطبق على الإرادة المنفردة القواعد التي تنطبق على العقد عدا القواعد المتعلقة بضرورة توافق الإرادتين لإنشاء الالتزامات . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي أن هذا النص كان مثاراً للفتنة بين أعضاء اللجنتين الفرنسية والإيطالية . فقد ظن البعض أن في تقرير هذا المبدأ تعديلاً جريئاً لا يتطلبه العمل ،

منهجه القانون الألماني ، فلم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام إلا في حالات محدودة وردت بها نصوص خاصة .

٩٠٧ — إلى أي مدأخذ التقنين المرفى الجريد بالإرادة المنفردة مصدراً للالتزام :
كان للشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ينص فى المادة ٢٢٨ منه على ما يأتى :

« ١ — إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة ، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه مادام هذا لم يرفضه » .
« ٢ — وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود ، إلا ما يتعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام » .

« ٣ — يبقى الإيجاب فى العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به ، ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بمجازة يوجه إلى الجمهور » ^(١) .

فكان هذا النص ، على غرار المشروع الفرنسى الإيطالى فى مادته الستين ، يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، مثلها فى ذلك مثل العقد . وكان يشترط لذلك أن تكون الإرادة المنفردة مكتوبة ، وأن تحدد لها مدة معينة إذا رفضت فى خلالها سقطت . أما إذا لم ترفض ، فإنها تكون ملزمة لصاحبها من الوقت الذى تصل فيه إلى علم من وجهت إليه ، شأنها فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة . ويسرى على الإرادة المنفردة ما يسرى

ولكن هذا الاعتراض ، إذا كان فيه بنى الوجاهة بالنسبة إلى القانون الفرنسى ، غير وجيه بالنسبة إلى القانون الإيطالى . فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الإيطالى على أنه فى العقود الملزمة لجانب واحد يعتبر الإيجاب ملزماً بمجرد وصوله إلى علم من توجه إليه ، فالتجديد ليس إذن كبيراً بالنسبة إلى هذا القانون . ومن المفيد إدخاله فى القانون الفرنسى ، فهو يضح حذراً للفلاف فى تعريف طبيعة بنى الأعمال القانونية ، هل هى عقود أو هى مجرد إرادة منفردة ، كما فى تطهير الفار ، وهو فى الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر عن الشخص من وعد ، بالتشئ مع ما يقتضيه حسن النية . على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدوداً معقولة لهذا التجديد ، فهى لم تكف بالشروط الموضوعية للعقد من الأهلية ومشروعية المحل والسبب ، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الإرادة المنفردة الملزمة ناتجة بالكتابة ، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة (انظر س ٧١ — من ٢٣ من المذكرة الإيضاحية المذكورة) .

على المقدم من أحكام ، فيجب توافر الأهلية ، وخلو الإرادة مما يشوب الرضاء من عيوب ، وقيام محل تتوافر فيه الشرائط اللازمة ، وجوب سبب مشروع . ويستثنى من هذه الأحكام بدهاء ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين ، مادامت الإرادة المنفردة هي مصدر الالتزام^(١) .

ولو بقي هذا النص فانتقل إلى التقنين المدني الجديد ، كانت الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام كالمقد ، ولوجب أفراد باب خاص بها تتالج فيه على النحو الذى رأيناه فى المقدم والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب^(٢) . ولكن النص حذف فى لجنة

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، شرحاً لهذا النص، ما يأتى : ١٥ - لا يصبح الوعد الصادر من جانب واحد ملزماً إلا من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ، شأنه فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة . فيجوز المدول عنه بعد صدوره متى وصل هذا المدول إلى علم من وجه إليه قبل وصول الوعد ذاته أو وقت وصوله وفقاً لأحكام القواعد العامة . بيد أن الوعد الصادر من جانب واحد يحتار بترتيب حكمه دون حاجة إلى القبول . وهذا ما يفرضه عن القبول . فيستثنى قانونه أن يصل إلى علم من وجه إليه وألا يرضه هذا ولكنه يسقط فى حالة الرضاء ، إذ لا يجوز أن يجبر أحد على أن يكسب حقاً على رغبة . وهو من هذا الوجه يختلف اختلافاً بيناً عن المقدم ، فالمقدم لا يتم إلا بقبول الدائن ووصول هذا القبول إلى علم من صدر الإيجاب عنه . ومن الأهمية بمكان تبيين ما إذا كان يقصد بالتعبير عن الإرادة إلى الارتباط بوعد من جانب واحد ، أم إلى مجرد الإيجاب فمن المعلوم أن الإيجاب ، وإن كانت له قوة فى الإلزام من حيث عدم جواز المدول عنه ، لا بد أن يقتصر بالقبول حتى ينشأ الالتزام الذى يراد ترتيبه . ٢ - ويقتضى عند الشك فى معنى التعبير عن الإرادة أنه قصد به إلى مجرد الإيجاب . ويقع عبء إثبات قيام الوعد الصادر من جانب واحد على عائق الدائن الذى يدعى ذلك . ويكون الإثبات بالكتابة دائماً ، ولو كانت قيمة الوعد لا تتجاوز عشرة جنيهات . وكذلك يجب أن تتضمن وثيقة الوعد بيان المدة التى يبقى الوعد خلالها ملزماً بما وعد ٣ - ومتى تقرر مبدأ الالتزام بمجرد الوعد ، تبين سرعان أحكام العقود عليه . ويتربط على ذلك وجوب توافر أهلية المتعاقد فى الوعد ، وخلو إرادته مما يشوب الرضاء من عيوب ، وقيام التزامه على سبب ومحل تتوافر فيهما الشرائط اللازمة . ويستثنى من هذه الأحكام بدهاء ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين ما دامت الإرادة المنفردة هي مصدر الالتزام . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣٣٨ - ٣٣٩ فى المجلد) .

(٢) وقد جاء فى النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : وجعل المشروع من الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ، تحتذاً فى ذلك مثال المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس يقتصر الأمر على إسناد قوة الالتزام إلى هذه الإرادة على القضاء على ضروب من الخلاف سوف تعدل أهميتها بعد أن فرقت وجوه الرأى بين فكرة المتعاقد وفكرة المشيئة الواحدة فى تكيف طبيعة بعض =

المراجعة . وكان حذفه « عدولاً عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة ، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ «الزاماً»^(١) .

ويتبين من ذلك أن لجنة المراجعة رجعت بالإرادة المنفردة عن أن تكون مصدراً عاماً للالتزام ، كما كان الأمر في المشروع التمهيدي ، إلى أن تكون مصدراً للالتزام في حالات استثنائية ترد في نصوص قانونية خاصة . وعلى هذا النهج سار المشروع في سائر مراحلها حتى أصبح قانوناً^(٢) .

٩٠٨ - الالتزامات التي تنشئها الإرادة المنفردة في التقنين المرئى الجبريد هي

الالتزامات قانونية ، ومصدرها المباشر هو القانون : ولم تقب الهياكل المختلفة التي تعاقبت على نظر مشروع القانون المدني ، منذ لجنة المراجعة ، لهذا التفسير الجوهري في مصدر الالتزامات التي تنشئها الإرادة المنفردة . فقد كان المصدر المباشر لهذه الالتزامات ، وفقاً للمشروع التمهيدي ، هي الإرادة المنفردة ذاتها ، وقد ارتقت إلى مقام العقد ، فأصبحت مصدراً عاماً للالتزام . ومن ثم عقد المشروع التمهيدي للإرادة المنفردة فصلاً خاصاً بها ، كما عقد فصولاً خاصة للمصادر العامة الأخرى وهي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا

التصرفات ، كمرس الثمن على المائتين الفيدة حقوقهم عند تطهير العقار (المذكرة الإيضاحية للمعروف الفرنسي الإيطالي ص ٥٤) ، وهو لا يقتصر كذلك على بسط نطاق تطبيق مبدأ البر بالجهود استجابة لما يقتضيه حسن النية (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي ص ٥٤) في نطاق العامل ، ولكن هذا التجديد مهما يكن حظه من الجرأة ، يعتبر نتيجة منطقية لإقرار المشروع لبسداً لزوم الإيجاب . ففى اعترف للإيجاب بقوة الإلزام ، فليس ثمة ما يدعو إلى الوقوف عند هذا الحد ، ذلك أن التزام التطلق نفسه يؤدي إلى إقرار كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام بوجه عام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٦ - ص ٣٣٧ في الخامس) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩ في الخامس .

(٢) وقد عبر التقنين المدني الليبي عن هذا المعنى في وضوح ، إذ نصت للمادة ١٦٥ منه على ما يأتي : « ١ - إذا نص القانون على أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ، سرى عليها ما يسرى على العقد من أحكام ، إلا إذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الإرادة أو كانت تتعارض مع نص القانون - ٢ - وتسرى بوجه عام أحكام العقد على الإرادة المنفردة باعتبارها تصرفاً قانونياً يرتب آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام » . وانظر أيضاً في هذا المعنى ١٨٤ عراقى وم ١٤٨ لبناني .

سبب . ولكن بعد أن نزلت لجنة المراجعة بالإرادة المنفردة إلى أن تكون مصدراً للالتزام في حالات استثنائية ، وبمقتضى نص خاص ، لم تعد الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقره القانون ، بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة ، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات . ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ من الإرادة المنفردة التزاماً مصدره القانون ، وحذف الفصل الخاص بالمعقود للإرادة المنفردة في المشروع التمهيدى ، وإدماجه في الفصل المعقود للقانون كصدر مباشر للالتزام . وهذا ما فات لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله .

ولم نرد أن نساير هذا الخطأ في التبويب . فلم نقصد للإرادة المنفردة باباً خاصاً بها يأتي بعد الباب المخصص للعقد ، كما فعل التقنين المدنى الجديد ، بل أرجأنا الكلام فيها إلى أن نتكلم في الالتزامات التى يكون القانون هو مصدرها المباشر ، فتجعل الالتزامات التى تنشأها الإرادة المنفردة تدخل في هذا النطاق ^(١) .

فالقاعدة إذن في التقنين المدنى الجديد أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لا بد أن يرد في نص قانونى . ويمتد هذا النص هو مصدره المباشر ، وهو الذى يمين أركانه ويبين أحكامه .

(١) قارن أحمد حشمت أبو سنيت ص ٥٧٨ - ص ٥٧٩ - محمد كامل مرسى ص ٢ من ١١ هامش ١ - أنور سلطان فقرة ٣٨٩ - عبد النعم فرج الصدة فقرة ٣٩٢ من ٤٢٢ - عبد الحى حجازى ، ص ٣٨٥ ، ص ٣٨٦ : وينهون إلى أن الإرادة المنفردة يجب اعتبارها مصدر للالتزام ، ولو أنها ليست مصدراً عاماً بل مصدراً استثنائياً .

ولو كانت الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام كالمقد ، لوجب أن كل إرادة منفردة تنبج إلى إنشاء التزام تنشئه . ولكن المظنوع به غير ذلك ، فلا يكتفى أن توجد الإرادة المنفردة حتى يترتب عليها التزام ، بل يجب أن يوجد إلى جانب هذه الإرادة نص قانونى هو الذى يربب الالتزام على الإرادة ، ومن ثم يكون النص هو المصدر المباشر للالتزام .

وقد وردت نصوص متناثرة في نواحي التقنين الجديد تجعل الالتزام ينشأ من إرادة منفردة . نذكر من ذلك :

١ — الإيجاب المزم ، وقد ورد فيه النص الآتي : (م ٩٣) : « ١ — إذا عين ميماد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميماد . ٢ — وقد يستخلص الميماد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » . وقد فصلنا أحكام هذا النص فيما قدمناه عند الكلام في الإيجاب .

٢ — المؤسسات ، وقد ورد فيها النص الآتي (م ٧٠قرة ١) : « ويكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية » . فإرادة المنشئ المنفردة هي التي توجد المؤسسة . وهذه الإرادة يصدرها صاحبها لتنتج أثرها إما في حياته ، أو بعد موته بوصية . ثم يلتزم المنشئ بإرادته المنفردة أيضاً أن ينقل إلى المؤسسة التي أنشأها ملكية ما تعهد به من المال الذي خصصه لها . ومن ثم نرى أن الإرادة المنفردة هنا أوجدت شخصاً معنوياً ، وأنشأت التزاماً نحو هذا الشخص المعنوي ^(١) .

٣ — تطهير العقار الموهون رهناً رسمياً ، وقد ورد فيه النص الآتي (م ١٠٦٦) : « يجب على الخائر أن يذكر في الإعلان أنه مستعد أن يوفي الديون التقيدة إلى القدر الذي

(١) انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٣ — فقرة ١٩٤ .

ومما يدل على أن إرادة المنشئ المؤسسة قد أنشأت التزاماً في ختمه نحو هذه المؤسسة أن المشرع شبه إنشاء المؤسسة بالهبة أو الوصية في خصوص الدعوى البوليسية ، فنص في المادة ٧١ على أنه « يعتبر إنشاء المؤسسة بالنسبة إلى دائي المنشئ » وورثته بمثابة هبة أو وصية . فإذا كانت المؤسسة قد أنشئت إضراراً بمحققهم ، جاز لهم مباشرة الدعوى التي يقررها القانون في مثل هذه الحالة بالنسبة إلى الهبات والوصايا . غير أن الهبة لا تكون إلا بقصد ، أما إنشاء المؤسسة فتكون بإرادة منفردة .

وكأن تنشأ المؤسسة بإرادة منفردة ، يجوز الرجوع فيها بإرادة منفردة كذلك إلى أن يتم شهرها . وقد نصت المادة ٧٢ على أنه « متى كان إنشاء المؤسسة بسند رسمي جاز لمن أنشأها أن يعدل عنها بسند رسمي آخر ، وذلك إلى أن يتم شهرها وفقاً لأحكام المادة ٥٩ » . وبديهي أن المؤسسة إذا أنشئت بوصية جاز الرجوع فيها دائماً حتى موت الوصي ، شأنها في ذلك شأن كل وصية .

قوم به المقار . وليس على أن يصحب العرض بالمبلغ تقدماً ، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة .
ويؤخذ من هذا النص أن الحائز يلتزم بإرادته المنفردة أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به المقار ، وذلك بمجرد إعلانه رغبته في تطهير المقار بتوجيهه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم إعلانات على النحو المبين في المادة ١٠٦٥ .

(٤) الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور ، وقد ورد فيه نص المادة ١٦٢ . ولما كان هذا النص ينشئ التزاماً قانونياً أولى مكان يبحثه هو هذا الباب ، فسنطوّل بحثه تفصيلاً فيما يلي ^(١) .

(١) ويدخل في تطبيقات الإرادة المنفردة منشئة للالتزام السند لحامله . وكيف عادة بأن هناك عقداً مجرداً (contrat abstrait) تم بين الساحب وأول حامل للسند ، وهذا العقد هو الذي ولد الالتزام في ذمة الساحب . وقد حول الحامل الأول حقه إلى آخر ، وهذا إلى غيره ، إلى أن وصل السند إلى الحامل الأخير . إلا أن هناك فروساً لا تنزل على هذا التكيف . فقد يكتب الساحب السند ، وقبل أن يسلمه لأحد يضع منه أو يسرق ، فتبادله الأيدي إلى أن يقع في يد شخص حسن النية ، فيكون لهذا الشخص الحق في استيفاء قيمته من الساحب . ولا يمكن أن يقال هنا إن الساحب ملتزم بموجب عقد بينه وبين أول حامل ، فإن هذا كان شخصاً عثر على السند وهو ضائم أو لصاً سرقه . فلم يبق إذن لتفسير هذا الالتزام إلا أن نقول إن الساحب قد التزم بإرادته المنفردة التزاماً مجرداً . كذلك إذا فرض أن الساحب قبل تسليمه السند لأحد مات أو فقد أهليته ، ثم تداولت الأيدي السند ، فهو (أو ورثته) يبقى ملتزماً ، ومصدر التزامه لا يمكن أن يكون عقداً في هذه الحالة ، فليس إلا إرادته المنفردة مصدرها لالتزامه هنا . ولقد نص القانون الألماني صراحة على الحلول المتقدمة ، ففرضت المادة ٧٩٤ بأن من يصدر منه سند لحامله يلتزم به ، حتى لو سرق منه أو ضاع ، وحتى لو تبادله الأيدي رغم إرادته بأى شكل كان . وتنص المادة ذاتها بأن السند لحامله يبقى حافظاً لقوته القانونية حتى لو مات من صدر منه السند أو فقد الأهلية قبل التصالح به (نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٥) .

أما التزامات الفضولي فقد قدمنا أنها لا تنشأ من إرادة منفردة ، بل من واقعة مادية هي أن يتولى الفضولي شيئاً لرب العمل . ولا يكفي لالتزام الفضولي أن يظهر إرادته في أن يتولى شيئاً لرب العمل ، مهما كانت هذه الإرادة واضحة ، ما دام لم يتول هذا الشأن بالفعل . فالعمل المادى ، لا إرادة الفضولي ، هو الذى ينشئ في ذمة الفضولي التزاماته المعروفة .

وكذلك التزام التمسد نحو المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير مصدره العقد لا الإرادة المنفردة . وقد مر بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الاشتراط لمصلحة الغير .

المبحث الثاني

النص هو الذى يعين أركان الالتزام القانونى ويبين أحكامه

المطلب الأول

القاعدة العامة

٩٠٩ - أركان الالتزام القانونى : رأينا أن النص هو الذى ينشئ الالتزام القانونى ، ويمتد مصدره مباشراً له . والنص كذلك هو الذى يعين أركان هذا الالتزام . وقد استعرضنا طائفة من الالتزامات القانونية فيما تقدم . فالرجوع إلى النص ، فى كل التزام قانونى منها على حدة ، هو الذى يبين مدى هذا الالتزام والأركان التى يقوم عليها^(١) :

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزامات القانونية ، كسائر الالتزامات ، تكون إما التزاماً بإعطاء (obligation de donner) ، أو التزاماً بعمل (obligation de faire) ، أو التزاماً بالامتناع عن عمل (obligation de ne pas faire) . مثل الالتزام القانونى بالإعطاء الالتزام بالنفقة ، والالتزام بدفع الضرائب ، والالتزام بتعويض العامل عن مخاطر العمل . ومثل الالتزام القانونى بالعمل التزام الولى أن يدير أموال القاصر ، والتزام الجار أن يشترك فى وضع حد للملكة المتصلقة بملك جاره . ومثل الالتزام القانونى بالامتناع عن عمل التزام الجار ألا يهدم الحائط الذى يستتر به جاره دون عذر قوى ، والتزامه ألا يحدث ضرراً فاحشاً للجيران .

(١) [وليس من الضروري أن يكون النص موجوداً فى التقنين المدنى ، فالتقوانين المالية وقوانين الأحوال الشخصية وقانون المرافعات وغير ذلك من القوانين قد تتضمن نصوماً تنشئ التزامات قانونية كما سئى . مثل ذلك ما قضت به المادة ٣٥٧ مرافعات من إلزام من حكم عليه فى الدعوى بمصرفاتها . وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه متى كان أحد الخصوم قد استأنف الحكم الابتدائى كما استأنفه خصم آخر ، فإن محكمة الاستئناف إذ رفضت الاستئناف وحكمت بمصرفاتها عن أحد المتأففين دون المتأفف الآخر تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٧ ص ١٤٦١) .]

والالتزام القانوني ، كسائر الالتزامات ، رابطة ما بين دائن ومدين . وتقوم هذه الرابطة على محل مستوف لشرائطه . ولما كان القانون في الالتزام القانوني المبني على واقعة مادية هو الذي يمين هذا الحل على النحو الذي يبناه ، إعطاء كان أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فإن الحل لا بد أن يكون قد استوفى الشروط الواجبة . فلا صعوبة يمكن أن تثار من هذه الناحية .

والسبب لا يكون ركناً في الالتزام القانوني إلا إذا استند إلى الإرادة المنفردة ، فقد رأينا أن السبب يتصل بالإرادة . ويترتب على ذلك أن الالتزام القانوني الذي يقوم على إرادة منفردة ، كالإيجاب المزم والوعد بجائزة ، يجب أن يكون مبنياً على سبب مشروع^(١) . وإلا كانت الإرادة باطلة لا تنتج أثراً . وكذلك الحل في الالتزام القانوني المبني على الإرادة المنفردة تعينه هذه الإرادة ، فيجب في تعيينه أن يكون مستوفياً لشرائطه على النحو الذي قدمناه عند الكلام في الحل .

والأهلية إنما يجب توافرها في الالتزام القانوني المبني على الإرادة المنفردة . أما الالتزام القانوني المبني على واقعة مادية فلا تشترط فيه أية أهلية إلا إذا نص القانون على ذلك . وقد كان هذا الحكم منصوصاً عليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « ولا تشترط أية أهلية في هذه الالتزامات (القانونية المبينة على وقائع مادية) ، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . فحذف هذا النص في لجنة المراجعة لمدم الحاجة إليه ، فهو مفهوم من مقتضى تطبيق القواعد العامة^(٢) ، ومن الأمثلة

(١) [انظر مارتى وريزو ج ٢ بند ٣٢٥ س ٢٨٤ - وانظر نفس المرجع بند ٣٢٤ في عيوب الإرادة بالنسبة لتصرف القانوني الصادر عن إرادة منفردة] .

(٢) مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ س ٤٩٣ - وانظر آتياً فقرة ٩٠١ في الهامش . ويلاحظ أن المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى وهي التي تقابل المادة ١٩٨ من التقنين المدني الجديد ، لم تعرض إلا للالتزامات القانونية المبينة على وقائع مادية ، لأن الإرادة المنفردة في المشروع التمهيدى كانت مصدرأ عاماً للالتزام كما قمنا ، فلم تتدخل الالتزامات الناشئة عنها في نطاق هذا النص . ومن ثم كان مفهوماً أن تنس الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ على أنه لا تشترط أية أهلية في الالتزامات القانونية .

على التزام قانونى مبنى على واقعة مادية يشترط النص فيه أهلية خاصة التزامات الفضولى ،
قد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ تنص على أنه « إذا لم تتوافر فى الفضولى
أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولاً عن إرادته إلا بالقدر الذى أثرى به ، مالم تكن مسئوليته
ناشئة عن عمل غير مشروع » . وكذلك ورثة الفضولى عندما أوجب القانون عليهم أن
يخطرُوا رب العمل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح رب
العمل ، اشترط النص (م ١٩٤ فقرة ٢ وم ٧١٧ فقرة ٢) لقيام هذا الالتزام أن تتوافر
فيهم الأهلية . وتشترط المادة ١٦ من قانون المحاكم الحسبية فى الوصى أن يكون ذا أهلية
كاملة .

٩١٠ — أمطام الالتزام القانونى : وكذلك النص هو الذى يبين أحكام
الالتزام القانونى ، فيرجع فى كل التزام إلى النص الذى أنشأ لمعرفة هذه الأحكام .

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزام القانونى ، كسائر الالتزامات ، ينفذ عينا إذا كان
هذا ممكناً ، وإلا انتهى إلى تعويض يقدر طبقاً للقواعد العامة .

وقد تبين طبيعة الالتزام القانونى شيئاً من أحكامه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية
فى هذا المعنى بأن طبيعة دين النفقة تجعله خاصاً بشخص من ترتب فى ذمته هذا الدين ، ومن
ثم تكون وفاة المحكوم عليه مسقطاً لحكم النفقة ، بحيث لا يبقى هذا الحكم من الأثر على
تركته إلا بمقدار المستحق من النفقة الذى كان واجب الأداء قبل الوفاة^(١) .

== وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد الأهمية فى الالتزامات القانونية المبنية على
وقائع مادية ، ما يأتى : « وتنشأ الالتزامات المقررة بنس القانون استقلالاً عن إرادة ذوى الشأن ، فهى
لا تقضى فيهم أهلية ما (المادة ١٢٠ من التقنين اللبائى) . ومع هذا فقد يتطلب القانون أهلية خاصة
بالنسبة لبعض هذه الالتزامات ، مراعيّاً فى ذلك أنها لا ترتب بمزول عن الإرادة . ومن هذا القبيل ما يقع
من الالتزامات على عاتق الفضولى ، إذ يشترط القانون لذهبيه أن يكون من يتصدى لشأن من شؤون الغير
تفضلاً أهلاً للتعاقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢ — ص ٤٩٣) .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٩ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١/١١١ =

٩١١ — تطبيقات مختلفة : ونأتي ببعض تطبيقات على ما قدمناه من أن النص هو الذي يعين أركان الالتزام القانوني ويتكفل ببيان أحكامه . ويحسن قبل ذلك أن نبين أنه ليس من الضروري أن يكون النص موجوداً في القانون المدني ، فالقوانين المالية وقوانين الأحوال الشخصية وقانون المرافعات وغير ذلك من القوانين المختلفة قد تتضمن نصوصاً تنشئ التزامات قانونية ، وتتكفل هذه النصوص بتعيين أركان الالتزام وبيان أحكامه .

فن الالتزامات القانونية التزامات الفصولي ، وقد سبق أن فصلناها راجعين فيها إلى النصوص المدنية التي أنشأتها ، ورأينا كيف أن هذه النصوص هي التي تعين أركان الالتزام وتبين أحكامه .

ومن الالتزامات القانونية الالتزام بدفع الضرائب . وهذا الالتزام يرجع في تعيين أركانه وبيان أحكامه إلى القوانين المالية الخاصة بالضرائب على العقار والمنقول وكسب العمل والإيراد العام وغير ذلك من الضرائب المختلفة .

ومن الالتزامات القانونية التزامات الأسرة ، ويدخل فيها واجبات كل من الزوجين والملاقة ما بين الوالدين والأولاد والنفقة بمختلف أنواعها والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام . وهذه كلها يرجع في تعيين أركانها وفي بيان أحكامها إلى قوانين الأحوال الشخصية ، وبخاصة إلى الشريعة الإسلامية ، ثم إلى قانون الولاية على المال .

ومن الالتزامات القانونية التزامات الجوار ويرجع فيها إلى نصوص التقنين المدني في الكثرة الغالبة من الأحوال . وهذه النصوص تفرض على الجيران التزامات كثيرة متنوعة ، منها إزالة مزار الجوار إذا جاوزت الحد للألوف ، ومنها الالتزامات الناشئة عن

== ص ١٩١ — وانظر في القضاء المختلط في مناسبة دين النفقة النصوص عليه في القانون المدني القديم (مواد ١٥٤ - ٢١٦/١٥٧ - ٢٢٠) تطبيقات الأستاذ بسلوروس على القانون المدني القديم جزء ٢ ص ٦٠١ - ٦٠٥ .

الحايط المشترك والحايط لللاصق ، ومنها الالتزامات الناشئة عن الشيوخ في الملك .

وكان للشروع التمهيدى للتفتين للذنى الجديد يتضمن نصاً ينشئ التزاماً قانونياً في ذمة كل من حاز شيئاً أو أحرزه ، بأن يعرض هذا الشيء على من يدعى حقاً متملقاً به ، متى كان فخص الشيء ضرورياً لبيت في الحق للدعى به من حيث وجوده ومدها . ولكن لجنة المراجعة حذف هذا النص لأنه أدخل في باب المرافعات^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢ في الماشى . هذا والنس المشار إليه هو المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدى ، وكان يجرى على الوجه الآتى : ١ - كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متملقاً به ، متى كان فخص الشيء ضرورياً لبيت في الحق للدعى به من حيث وجوده ومدها . فإذا كان الأمر متملقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فلقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن ويتقدمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له . ٢ - على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه . ٣ - ويكون عرض الشيء في المسكان الذى يوجد فيه وقت طلب العرض ، مالم يبين القاضى مكاناً آخر . وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع قفائه مقدماً . والقاضى أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض . وقد جاء في النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « ومع ذلك فقد روى أن ينس استثناء على الالتزام بتقديم شيء . ذلك أن هذا الالتزام لم يظهر بمكان في سائر نواحي التشريع ، ولهذا أفرد له نص خاص أخذ عن المشروع الفرنسى الإبطالى . ويراعى أن هذا المشروع قد استلهم في هذا الشأن ما ورد من الأحكام في التفتين الألمانى والسويسرى » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : ١ - يدخل الالتزام بتقديم شيء في نطاق الالتزامات المقررة بنس القانون . ويتقضى ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة : (أ) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشيء ، شخصياً كان الحق أم عينياً . (ب) والثانى أن يكون الشيء المدعى به في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز ، سواء كان هذا لشخص خصماً في الدعوى أم لم يكن خصماً فيها . (ج) والثالث أن يكون فخص الشيء ضرورياً لبيت في الحق للدعى به من حيث وجوده ومدها ، ويرجم تقدير هذه الضرورة للقاضى . فيجوز مثلاً لملك الشيء المسروق أن يطالب من يشبهه في حيازته له بعرضه عليه ليتثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لوارث المرنس أن يطالب بتكميته من معاينة الترميمات التى أجراها مورثه ، حتى يقتضى له أن يبين مدى حقه في الأجر بعد أن أكل إليه هذا الحق من طريق الميراث . ٢ - فإذا كان الشيء الذى يطلب عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فخص الوثيقة قد يكون ضرورياً لا لبيت في وجود الحق للدعى به وتعيين مدها ، بل لمجرد الاستناد إليها في إثبات حق للطالب . والثانى أن للقاضى أن يأمر ، عند الاقتضاء ، بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثل لمشتري الأرض ، إذا تعهد بالوفاء بما يقب من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بيمين القدر الواجب أدائه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تصفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ، ليستظهر منه الدليل =

وما قدمناه من التطبيقات يتعلق بالالتزامات القانونية مبنية على وقائع مادية . وكذلك الحال في الالتزامات القانونية المبنية على الإرادة المفردة ، وقد أوردنا طائفة منها فيما قدمناه . فهذه أيضاً تكفل النصوص القانونية التي أنشأتها بتعيين أركانها وبيان أحكامها . وقد رأينا تطبيقاً قاطعاً في الإيجاب للزم . ونقتل الآن لتطبيق آخر في الوعد بجائزة ، ونفرد له مطلباً خاصاً .

== على التعسف . ٣ - فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضي أن يأمر بهرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوى للامتناع ، كالحرس على حرمة سر مائى مثلاً . والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى ، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك ، كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء . وتكون نفقات العرض على طابق من يطلبه ، ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضي ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب بحرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ و ص ٤٩١ - ٤٩٢ في الخامس) .

وبعد أن حذف هذا النص الجامع ، لم يبد هناك إلا نصوص متناثرة في قوانين مختلفة لا تنسجم لما كان هذا النص يقسم له . من ذلك ما جاء في المادة ١٦ من قانون التجارة : « لا يجوز للمحكمة في غير المنازعات التجارية أن تأمر بالإطلاع على المرفق المتقدم ذكرها ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال المشاعة أو مواد التراكب وقسمة الشركات وفي حالة الإفلاس ، وفي هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالإطلاع على تلك الدفاتر » . وما جاء في المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات الجديد : « يجوز خصم في المرافعات الآتية أن يطلب لإزام خصمه بتقديم أية ورقة متنتجة في الدعوى تكون تحت يده » - إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها . ٢ - إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه . وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لصلحة الخصمين أو كانت مثبته لالتزامه . ٣ - وإذا جاء في المادة ٥٩ من قانون المرافعات الجديد : « يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والإجراءات المنصوص عليها في المواد السابقة » . انظر أيضاً المواد ١٨٥ إلى ١٨٨ من قانون المرافعات الجديد .

المطلب الثاني

تطبيق خاص

الوعد بمجائزة (الجمالة)

٩١٢ — النص من القانونيّة : نصت للمادة ١٦٢ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

« ١ — من وجه للجمهور وعداً بمجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء المجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالمجائزة أو دون علم بها . »

« ٢ — وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد . وتسقط دعوى اللطالبة بالمجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه المدلول للجمهورية »^(١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — من وجه للجمهور وعداً أن يعطى جائزة لمن يقوم بعمل معين ، التزم بإعطاء المجائزة لمن قام بهذا العمل ، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالمجائزة . ٢ — وإذا لم يحدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد . ٣ — أما إذا كان هناك من بدأ في العمل بمحسنة قبل إعلان الرجوع في الوعد ٣ — أما إذا كان هناك من بدأ في العمل بمحسنة قبل إعلان الرجوع في الوعد ، فإن الواعد ، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق بغيره أن يرد إليه ما صرف على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة للوعد بها . وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف باقتضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع في الوعد » .

وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثالثة اكتفاء بعبارة تضاف في آخر الفقرة الثانية ولإدخال بعض التعميدات اللفظية ، فأصبح النص النهائي ما يأتي : « — من وجه للجمهور وعداً بمجائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء المجائزة لمن قام بهذا العمل ، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالمجائزة . ٢ — وإذا لم يحدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد . فإذا كان قد بدأ العمل دون ألياقه ، جاز الحكم له بتعويض عادل لا يجاوز في أي حال قيمة المجائزة » . وأصبح رقم المادة ١٦٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة ، انتهت بأن أضافت اللجنة إلى الفقرة الأولى عبارة « أو دون علم بها » ، وهذه الإضافة تعجل المعنى أوضح لأن التصديق هو =

وقد أنشأ هذا النص التزاماً قانونياً بناء على الإرادة المنفردة . فالنص إذن هو الذى يمين أركان هذا الالتزام القانوني ، وهو الذى يبين أحكامه^(١) .

== أن يلتزم من يصد بإعطاء الجائزة بما تعهد بأدائه مادام الطرف الآخر قد قام بالعمل الذى خصصت الجائزة له ولو كان لم يعلم بهذا التعهد . وحذفت اللجنة من آخر الفقرة الثانية عبارة « فإنما كان قد بدأ العمل دون أن يتم جاز المحكم له بتبويض عادل لا يجاوز في أى حال قيمة الجائزة » ، وقد راعت اللجنة في الحذف أن تترك المسألة للقواعد العامة ، فضلاً عن أن نص المشروع غشى إلى منازعات كثيرة غير عادلة . وأضافت حكماً جديداً أفرغته في المبراة الآتية : « وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان المدول للجمهور » ، وقد راعت اللجنة في هذا الإضافة أن تقطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بالجائزة بعد إعلان المدول وحسم المنازعات التي تنشأ بسبب تقادم المهد على الجائزة وصعوبة الإثبات ، ولذلك جعلت مدة المقوط ستة أشهر . وأصبح رقم المادة ١٦٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٨ — ص ٣٤٩) .

وقد جاء في النظر العامة المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « عمد المشروع إلى إيراد أهم تطبيق من تطبيقات الإدارة المنفردة ، ففرض لأحكام الوعد بالجائزة إذ وجه للجمهور ، وخالف المشروع الفرنسي الإيطالي بشأنها ، فلا يزال هذا المشروع مقيماً على الأساس التعاقدى لئلا يترك الوعد دون أن يشفع ذلك بتعليق شاف . وليس صحيحاً على وجه الإطلاق أن يقال إن هذا التكييف التعاقدى يرد إلى ما للوعد من خصبة تبادلية ، وأن الوعد لا يتم لا برضاء يصدر من إرادتين (المذكورة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي ص ٥٦) ، فالواقع أنه لا يقصد إلى مجرد استظهار معنى إتمام أحكام الوعد باشتراك إرادتين ، وهو ما يتحقق في كل الأحوال . بل الجوهرى في هذا الصدد هو إبراز وجه انفراد الإرادة بترتيب التزام الواعد ، فهو يلتزم بمشيئته وحدها إزاء من يقوم بالعمل المطلوب ولو كان يجهل صدور الوعد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٦) .

اضطر في نصوص التقنيات الحديثة في الوعد بجائزة (م ٦٥٧ و ٦٥٨ من التقنين الألمانى وم ٨ من تقنين الالتزامات السويسرى وم ٤ من للمشروع الفرنسي الإيطالي) نظرية المقد للمؤلف فقرة ١٩٠ .

التقنيات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٦٣ (مطابق) . الليبي م ١٦٤ (مطابق) العراق م ١٨٥ (موافق) . اللبناني م ١٧٩ آخر للمادة (موافق) .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الوعد بالجائزة قد صدر في ظل القانون المدنى القديم الذى لا يعترف بالارادة المنفردة باعتبارها منشئة للالتزام فانه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة لأحكام المقد التى توجب أن تتلاقى الإيجاب والقبول ، ذلك لأن التقنين المدنى لم يورد نصاً يحكم الوعد بالجائزة باعتباره صورة من صور الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة : تقضى مدنى في ٣٠ من مارس سنة ١٩٦١ بمجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٢٩٤ رقم ٤٢] .

٩١٣ — أثره من التزام بالجائزة : ويتبين من النص أن التزام الواعد بجائزة يقوم بتوافر الأركان الآتية :

(١) أن تصدر من الواعد إرادة بآنة ، وهذه هي الإرادة المفردة ، فيجب أن تصل الإرادة إلى مرحلة البتات كما في الإيجاب البات . ويجب أيضاً أن يكون الواعد ذا أهلية كاملة للالتزام بما وعد به ، وأن تخلو إرادته من العيوب فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ويجب أن تقوم الإرادة على محل مستوف لشرائطه ، وأن تتجه إلى سبب مشروع^(١) .

(٢) أن توجه الإرادة إلى الجمهور . فإذا وجهت إلى شخص معين أو أشخاص معينين ، خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة بالمعنى المقصود ، وسرت عليها قواعد الإيجاب فلا بد من أن يقرن بها القبول ، وتصبح عندئذ عقداً لا إرادة مفردة . فتوجيه الإرادة إلى الجمهور ، أى إلى أشخاص غير معينين بالذات ، هو الذى يكسو الوعد بجائزة طابعه الذى يتميز به .

(٣) أن يكون توجيه الإرادة للجمهور عن طريق علنى . ويكون ذلك بطريق من طرق النشر المعروفة ، كالإعلان فى الصحف أو توزيع النشرات أو المناداة فى الطرقات . ولهم هو أن توجه الإرادة للجمهور بطريق علنى ، وأن تكون العلانية كافية حتى يفسر لعدد كبير من الناس أن يعلم بهذه الإرادة .

(٤) أن تتضمن الإرادة أمراً على الأقل : (أولاً) جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها للفائز بها . وقد تكون الجائزة مبلغاً من النقود ، أو شيئاً آخر له قيمة مالية كأسهم أو سندات أو سيارة أو منزل أو كتاب أو دفع نفقات رحلة أو نحو ذلك . ولاشئ

(١) وقد يكون الوعد بجائزة صادراً على سبيل الدعاية ، كالناجر بعد إعطاء جائزة لمن يجد عبياً فى بضاعه ، ولا مانع من أخذه بوعده متى صدرت منه إرادة جدية فى هذا المعنى (عبد الحى حجازى ٢ ص ٣٩٣ — ص ٣٩٤) .

يتمتع من أن تكون الجائزة قيمتها أدبية ، كوسام أو شارة أو كأس أو أية علامة أخرى من علامات التقدير . (ثانياً) شيئاً معيماً يقوم به الفائز حتى يستحق الجائزة ، كالمنشور على شيء ضائع أو وضع أفضل تصميم هندسي أو التفاح في امتحان أو الفوز في مسابقة أو الاهتمام إلى دواء أو الكشف عن اختراع أو نحو ذلك ^(١) . ويستوى أن يكون الوعد قد حددت له مدة أو لم تحدد ، ففي الحالتين يلتزم الواعد ، ولكن كل حالة لها حكمها على ما سنرى .

٩١٤ — أملازم الالتزام — الوعد مردته له مرة : فإذا اجتمعت الأركان المتقدمة الذكر ، قام التزام الواعد ، وترتب عليه حكمه . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الوعد قد حددت له مدة يجب إنجاز العمل المطلوب في خلالها وما إذا لم تكن هناك مدة محددة .

فإذا كان الواعد قد حدد مدة اشترط أن يتم العمل في خلالها ، التزم نهائياً بإرادته ، ولم يكن له حق الرجوع . فإذا انقضت هذه المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب ، انقضى التزام الواعد بانقضاء مدته ، ولو قام بعد ذلك شخص بهذا العمل . ولا يكون الواعد في هذه الحالة مسئولاً نحو هذا الشخص بمقتضى الوعد ، ولكن قد يكون مسئولاً نحوه بمقتضى الإثراء بلا سبب .

أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب في خلال المدة المحددة ، أصبح من قام بهذا العمل دائماً للواعد بالجائزة الموعودة ، سواء قام بالعمل عن رغبة في الحصول على الجائزة أو لم تكن عنده هذه الرغبة ، بل سواء كان يعلم بالجائزة وقت قيامه بالعمل أو لم يكن يعلم

(١) ولا يتناول نص التقنين المدني المصري إلا القيام بعمل معين ، وهو في ذلك كالنقنين المدني الألماني (٦٥٧) . أما إذا كان الوعد بجائزة موجهة لمن يوجد في مركز معين — كأولاد أول شهيد في الحرب أو المولود في يوم معين — كان ذلك إيجابياً يجب أن يقترن بالقول وفقاً لقواعد العامة . وقد اتسع نص التقنين المدني الإيطالي (١/١٩٨٩) لهذه الحالة ، فصارت هي والقيام بعمل معين يشملها الوعد بجائزة ، فيقول النص : « من يوجه للجمهور وعداً بجائزة لمن يوجد في مركز معين أو يقوم بعمل معين ، يلتزم بذلك الوعد متى صار علنياً » (عبد الحى حجازى ٢ س ٣٩٤ -- ٣٩٦) .

بها^(١)، وسواء أتم العمل بعد إعلان الجائزة أو قبل إعلانها^(٢). وهذا هو الذى يحمل الالتزام بالوعد التزاماً بإرادة منفردة، فإن الواعد يصبح ملتزماً بإعطاء الجائزة بمجرد أن يتم العمل، حتى لو كان من قام بالعمل يحمل وجود الجائزة، أو قام به قبل إعلان الجائزة، فلا يتصور أن يكون هناك عقد تم بينه وبين الواعد، ولا يبقى إلا أن يكون الواعد قد التزم بإرادته المنفردة^(٣).

٩١٥ — الوعد لم تحدد له صفة : أما إذا لم يحدد الواعد مدة يتم العمل في خلالها التزام الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر منه . فإذا قام شخص بالعمل المطلوب في مسدة معقولة^(٤) استحق الجائزة حتى لو لم يكن يعلم بها ، أو علم ولكنه قام بالعمل دون رغبة فيها ، لأن الواعد إنما يلتزم ، كإقدامنا ، بإرادته المنفردة .

ولكن الواعد ، مادام لم يحدد مدة لوعد ، يكون له حق الرجوع فيه ، ويكون الرجوع في الوعد بالعناية ذاتها التي تم بها الوعد . وهنا لا تخلو الحال ، في الفترة ما بين

(١) انظر ماري وريجو ج ٢ بند ٣٢٢ ص ٣٨٢ .

(٢) وقد أضافت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ إلى آخر الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ عبارة « أو دون علم بها » لتشمل الفقرة « الصور التي تكون فيها جوائز ملتبس عنها الجمهور عن أعمال تمت قبل أو بعد الوعد ، ولو كان الشخص القائم بالعمل قد قام به دون علم بوجود الجائزة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في هذا الصدد ما يأتي : « يجب التفريق بصدد هذا الوعد بين ما إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعد ، وبين ما إذا كان قد ترك المدة دون تحديد . ففي الحالة الأولى يلتزم الواعد نهائياً بعشيقته وحدها ، دون أن يكون له أن يعدل عن وعده خلال المدة المحددة . فإذا اقتضت هذه المدة ولم يتم أحد بالعمل المطلوب ، تحمل الواعد من وعده ولو أنجز هذا العمل فيما بعد . أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب قبل انتهاء المدة ، فيصبح من قام به دائماً بالجائزة من فورة ، ولو لم يصدر في ذلك عن رغبة في الحصول عليها ، بل ولو كان جاهلاً بالوعد . وفي هذا ما ينفي عن الوعد بالجائزة صفته التقديرية ، فهذه الصفة ليست في رأى المشرع من مستزماته » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩) .

(٤) تقول في مدة معقولة لأن التزام الواعد ، كما سنرى ، معلق على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب في وقت يجدي فيه القيام بهذا العمل . وإذا وقع خلاف في تقدير المدة المعقولة فصل القاضي في ذلك .

إعلان الوعد والرجوع فيه ، من أحد فرضين : فلما ألا يكون أحد قد أتم العمل المطلوب ، وإما أن يكون هناك من أتم هذا العمل .

فإذا لم يكن هناك أحد قد أتم العمل ، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده بعد أن رجع فيه . وهذا صحيح على إطلاقه إذا لم يكن هناك أحد قد بدأ في تنفيذ العمل المطلوب . أما إذا كان هناك من بدأ في تنفيذ هذا العمل ولكنه لم يتمه ، فإن له الرجوع على الواعد بتعويض عادل ، هو قيمة ما أصابه من الضرر دون مجاوزة لمقدار الجائزة ولكن لا بمقتضى الوعد الذى سقط بالرجوع فيه ، بل بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية . ويترتب على ذلك أن الرجوع على الواعد في هذه الحالة يتقادم بالمدة التي تتقادم بها المسؤولية التقصيرية ، أى بثلاث سنوات من وقت علم الدائن بالضرر الذى أصابه وبالمسئول عنه أو بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر^(١).

أمام إذا كان العمل المطلوب قد تم قبل رجوع الواعد ، استحق من قام بالعمل الجائزة كاملة ، ولم يؤثر في حقه رجوع الواعد في وعده . ذلك أنه أتم العمل قبل الرجوع ، أى في وقت كان الوعد فيه قائماً وكان الواعد ملتزماً ، فأصبح دائناً بالجائزة بمجرد أن قام بالعمل . ولا يؤثر في حقه هذا أن يكون قد قام بالعمل دون نظر إلى الجائزة ، أو أن يكون قد قام به وهو لا يعلم بالجائزة أو قبل إعلان الجائزة ، ففي جميع هذه الأحوال يكون

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما في الحالة الثانية ، حيث لا يبعد أجل لأداء العمل المطلوب ، فيتأزم الواعد رغم ذلك الوعد الصادر من جانبه . ولكن يكون له أن يندل عنه ، وفقاً للأوضاع التي صدر بها ، بأن يحصل العدول علناً بطريق النشر في الصحف أو اللصق مثلاً . ولا تتخلو الحال في الفقرة التي تمضي بين إعلان الوعد والرجوع فيه من أحد فروض ثلاثة : (أ) فإذا لم يكن قد بدىء في تنفيذ العمل المطلوب ، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده . (ب) وإذا كان قد بدىء في تنفيذ هذا العمل دون أن يبلغ مرحلة الإتمام ، ألزم الواعد أن يرد إلى من بدأ في هذا التنفيذ ما أتفق ، على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . ولا يستبر الوعد الذى عدل عنه أساساً لهذا الالتزام ، بل هو يرد في أساسه إلى أحكام المسؤولية التقصيرية المقررة في نصوص القانون . وتسقط هذه المسؤولية في حالتين : أولاً حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أخفق باقتضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع في الوعد ، والثانية حالة إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدىء =

الواعد ملتزماً بالجائزة وذلك بمقتضى إرادته المنفردة^(١).

هناك إذن أحوال ثلاثة يكون الواعد فيها ملتزماً بالجائزة كاملة بمقتضى إرادته المنفردة (١) — إذا حدد مدة وقام الفائز بالعمل في خلال هذه المدة . (٢) — إذا لم يحدد مدة ولم يرجع في وعده وقام الفائز بالعمل . (٣) — إذا لم يحدد مدة ورجع في وعده ولكن الفائز قام بالعمل قبل الرجوع . وفي الحالتين الأوليين يتقادم التزام الواعد بمجموع عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة ، لأنه التزام إرادي ولم يرد في تقادمه نص خاص . وفي الحالة الثالثة يسقط التزام الواعد إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالجائزة في خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ وقد تقدم ذكرها . والظاهر أن هذه المدة الأخيرة هي مدة إسقاط (déchéance) لا مدة تقادم (prescription) ، فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع . والسبب في قصر المدة في الحالة الثالثة ، وفي جعلها مدة إسقاط لا مدة تقادم ، هو — كما جاء في تقرير لجنة القانون المدني بجلس الشيوخ — قطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراذ بها استغلال الوعد بجائزة بعد إعلان العدول ،

== في تنفيذه قد تم ، إذ تنعدم في هذه الحالة راجلة السببية بين الضرر الذي أصابهم تحمل النفقات ورجوع الواعد في وعده . وكذلك يكون الشأن في حالة البدء في تنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان العدول وإتمامه بعد هذا العدول . ج » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩ — ٣٤٠) .

ويلاحظ أن المشروع التمهيدى (م ٢٢٩ فقرة ٣) كان ينص على ما يأتى : « أما إذا كان هناك من بدأ في العمل بمحسنية قبل إعلان الرجوع في الوعد ، فإن الواعد ، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق ، يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف باقتضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع في الوعد » . وهذا يفسر ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن . وقد عدلت لجنة المراجعة هذا النص ، كما قمنا ، على الوجه الآتى : « فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتم ، جاز الحكم له بتعويض عادل ، لا يجاوز في أى حال قيمة الجائزة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ و ٣٤١) .

(١) أظن في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٠) وجاء في المذكرة ذاتها ختاماً لهذا الموضوع ما يأتى :

« وليس يبق بعد هذا سوى بعض مسائل تفصيلية عرضت لها التقنيات الأجنبية بأحكام تشريعية خاصة ، وأغفل المشروع ذكرها ، مكفياً في شأنها تطبيق القواعد العامة . فطالدة ٦٥٩ من التقنين الألمان تنص على أنه « إذا أخذ العمل الذي بذلت الجائزة من أجله أكثر من شخص واحد ، كانت الجائزة للأسبق ==

وحسم المنازعات التي تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة ، وصعوبة الإثبات^(١) .

ويمكن القول ، من ناحية التكييف القانوني ، إن الواعد بالجائزة رتب في ذمته التزاماً بإحداثه المنفردة — من وقت توجيه هذه الإرادة إلى الجمهور — لدائن غير معين أن يعطيه الجائزة إذا هو قام بالعمل المطلوب . فيكون الالتزام معلقاً على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب في المدة المينة أو في مدة معقولة . فإذا تحقق الشرط أصبح الالتزام حالاً ، ولا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت تحقق الشرط ، وهذا في غير الحالة الثالثة التي ورد فيها نص خاص جعل مدة التقادم ستة أشهر .

« فإذا تمدد المنفون في وقت واحد ، كانت الجائزة سوية بينهم » (أظن أيضاً المادة ١٧ من كل من التقنينين التونسي والمراكشي) وكذلك تنص المادة ٦٦٠ من التقنين الألماني على أنه « إذا تعاون عدة أشخاص في تحقيق النتيجة التي بذلت الجائزة من أجلها ، وجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم على أساس تقدير عادل ، قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب في تحقيق هذه النتيجة » . ويقضى التقنين البولوني في المادة ١٠٦ ب« إعلان » الوعد الموجه إلى الجمهور بمنح جائزة لأفضل عمل يقدم في مسابقة ، إذا لم يحدد الإعلان ميعاداً لتقديم في هذه المسابقة . ويكون الواعد الحق في تقرير ما إذا كان هناك عمل لنجح الجائزة ، ولأى عمل تمنح ، إلا إذا كان قد بين في إعلانه طريقاً آخر للفصل في نتيجة المسابقة . « ولا يكسب الواعد ملكية العمل التي استحق الجائزة ، أو حقوق منشئة فيه ، إلا إذا قد احتفظ لنفسه بهذا الحق في الإعلان » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١) .

فهرس مجل لمشتملات الكتاب

كلمة افتتاحية

مقدمة : نظرة في التقنين المدني الجديد

- كيف وضع — وكيف يكون نصيره — وما استحدث من أحكام — وما يرسم من اتجاهات عامة ١١
- (١) تنقيح التقنين المدني : ١٢
- ١ — كيف قامت فكرة التنقيح ١٢
- (١) عيوب التقنين المدني القديم ١٢
- الميوب للموضوعية ١٢
- الميوب الشكلية ١٧
- (ب) التنقيح الشامل ٢٠
- (ج) الظروف التي نبث فيها فكرة التنقيح ٢٢
- ٢ — كيف حققت فكرة التنقيح (اللجان التي تعاقبت على تنقيح القانون المدني) ٢٤
- اللجنة الأولى ٢٤
- اللجنة الثانية ٢٥
- اللجنة الثالثة والأخيرة ٢٧
- (٢) القواعد التي قام عليها التنقيح ٣٦
- ١ — كيف عولجت عيوب التقنين القديم ٣٦
- (١) كيف عولجت الميوب الشكلية ٣٦
- (أولاً) الميوب ٣٦
- (ثانياً) اللغة والأسلوب ٤٣
- (ب) كيف عولجت الميوب الموضوعية ٤٣
- ٢ — مصادر التنقيح وطرق التفسير في التقنين الجديد ٤٤
- (١) فصوص التقنين المدني القديم وأحكام القضاء المصري ٤٥
- (أولاً) ما تبقى استفاد التقنين الجديد من هذا المصدر ٤٥
- (ثانياً) كيف تفسر النصوص التي استقيت من القضاء المصري والتقنين المدني القديم ٤٧

صفحة

٥٦	(ب) الثقة الإسلامي
٥٦	(أولاً) ما ألقى استقاء التقنين الجديد من هذا المصدر
	(ثانياً) كيف تفسر النصوص التي استقيت من الشريعة الإسلامية وكيف تستخلص منها الأحكام باعتبارها مصدراً رسمياً
٦٠	ج (التقنيات الحديثة
٦٢	(أولاً) ما ألقى استقاء التقنين الجديد من هذا المصدر
٦٤	(ثانياً) كيف تفسر النصوص التي استقيت من التقنيات الحديثة
٧٠	(٣) الفروق الجوهرية ما بين التقنين القديم والجديد
٧٠	١ — ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل
٧٠	(أ) موضوعات كاملة
٧٠	(أولاً) المؤسسات
٧٢	(ثانياً) الإعصار المدني
٧٣	(ثالثاً) حوالة الدين
٧٤	(رابعاً) تصفية التركة
٧٥	(ب) مسائل قضائية متنوعة
٨٣	٢ — ما فن التقنين الجديد من أحكام كان معمولاً بها من قبل
٨٣	(أ) الأحكام التي قررها القضاء المصري في ظل التقنين القديم دون نس قننتها التقنين الجديد
٨٥	(ب) الأحكام التي كانت تقوم على نس تشرعي
٨٥	نصوص كانت ممية فهذبت
٨٥	نصوص كانت في مكان آخر فنقلت إلى التقنين المدر
٨٦	(٤) الاتجاهات العامة للتقنين الجديد
٨٦	١ — موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنيات الحديثة
٩٠	(أ) مبدأ سلطان الإرادة
٩٣	(ب) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام
٩٥	ج (نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة
٩٩	د) القصر السبب والتصرف المجرد
١٠١	٢ — التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة
١٠١	(أ) التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور
١٠٧	عوامل التطور في التقنين الجديد
١٠٧	(١) المايير للرفة
١٠٤	(٢) سلطة القاضي التقديرية
١٠٦	عوامل الاستقرار في التقنين الجديد
١٠٦	(١) المايير للوضعية

صفحة

١٠٩	(٢) الإرادة النظامية
١٠٩	(ب) التقنين الجديد بين الفرد والجماعة
١٠٩	حماية التقنين الجديد للفرد
١١٠	حماية التقنين الجديد للجماعة

الكتاب الأول

من التقنين المدني الجديد

الالتزامات بوجه عام

١١٥	كلمة تمهيدية في التعريف بالالتزام...
١١٥	§ ١ — تحديد مركز نظرية الالتزام في القانون المدني
١١٨	§ ٢ — للذممان الشخصي والمال في الالتزام
١٢٣	§ ٣ — اختيار تعريف للالتزام
١٢٦	§ ٤ — أهمية نظرية الالتزام وتأثيرها بالوسائل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية...

مصادر الالتزام

١٣١	مقدمة في ترتيب مصادر الالتزام
١٣٢	§ ١ — من أين أتى الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام
١٣٥	§ ٢ — تعد الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام
١٣٩	§ ٣ — الترتيب الحديث لمصادر الالتزام

الباب الأول

المقد

١٤٩	تعهد
١٤٩	§ ١ — تعريف المقد
١٥٣	§ ٢ — مبدأ سلطان الإرادة
١٦٢	§ ٣ — تقسيم العقود
١٦٣	١ — المقد الرضائي والمقد الشكلي والمقد العيني
١٦٧	٢ — المقد المسمى والمقد غير المسمى
١٦٩	٣ — المقد البسيط والمقد المختلط

صفحة

١٧٠	٤ — العقد الملتزم للجانبين والعقد الملتزم لجانب واحد
١٧٤	٥ — عقد المعاوضة وعقد التبرع
١٧٦	٦ — العقد المحدد والعقد الاحتمالي
١٧٧	٧ — العقد القوري والعقد الزمني

الفصل الاول — أركان العقد

١٨٢	١ — التراضي
١٨٣	المبحث الأول — وجود التراضي
١٨٦	المطلب الأول — التعبير عن الإرادة
١٨٦	§ ١ — التعبير الصادر من الأصل (التعبير الصريح والتعبير الضمني — الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة — متى ينتج التعبير أثره)
٢٠٢	§ ٢ — التعبير الصادر من النائب (النائب في التعاقد — تعاقد الشخص مع نفسه)
٢١٩	المطلب الثاني — توافق الإرادتين
٢٢٠	§ ١ — التعاقدان في مجلس واحد
٢٢٠	١) صدور الإيجاب
٢٢٠	المرحلة التي يمر بها الإيجاب (المفاوضات — الإيجاب الملحق — الإيجاب
٢٢٠	البيان) —
٢٢٢	القوة الملزمة للإيجاب
٢٢٥	سقوط الإيجاب
٢٢٧	ب) اقتران الإيجاب بالقبول
٢٣٥	ج) حالات خاصة في القبول
٢٣٥	الحالة الأولى — مجرد السكوت قد يكون قبولا
٢٤٠	الحالة الثانية — تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول
٢٤١	الحالة الثالثة — القبول في عقود الزاد
٢٤٤	الحالة الرابعة — القبول في عقود الإذعان
٢٥١	الحالة الخامسة — القبول في عقود الجماعة وفي العقود التوضيحية
٢٥٢	٢ — المتعاقدان لا يجعسا مجلس واحد (التعاقد بالمراسلة أو فيما بين التائين)
٢٥٥	١) الفقه والقوانين الأجنبية (الإعلان — التصدير — التسلم — العلم)
٢٦١	ب) أحكام القانون للمصرى (التقنين القديم — التقنين الجديد)
٢٦٥	المطلب الثالث — مرحلة تمهيدية في التعاقد
٢٦٥	§ ١ — الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

مضمة

٢٦٦	١	كيف ينقذ الوعد بالمعاقب والافاق الاجتباي
٢٧٣	ب	الآثار التي تترتب على الوعد بالمعاقب والافاق الاجتباي
٢٧٦	§ ٧	البريون
٢٨١	المبحث الثاني	— صحة التراخي
٢٨٢	المطلب الأول	— الأهلية
٢٨٣	§ ١	— النظرية العامة في الأهلية
٢٨٩	§ ٢	— أحكام الأهلية
٢٩٠	١	تأثير الأهلية بالسلب
٢٩٨	ب	تأثير الأهلية بعوامل أخرى غير السلب (عوارض الأهلية)
٣٠٩	المطلب الثاني	— صيوب الإرادة
٣١١	§ ١	— النلط
٣١٥	١	مق يكون النلط جوهرياً وعلى أى شيء يقع
٣٣١	ب	كيف يتصل المعاقب الآخر بالنلط (النلط للمشارك والنلط الفردي)
٣٤٢	§ ٢	— التدليس
٣٤٣	١	عناصر التدليس (طرق احتيالية — الدفع إلى التصايد — التدليس الصادر من الغير)
٣٥٧	ب	ظنية النلط تنفي عن نظرية التدليس
٣٦٠	§ ٣	— الإكراه
٣٦٤	١	استعمال وسائل للإكراه تهدد بمخطر جسيم محقق
٣٧٦	ب	رهبة تحمل على المعاقب
٣٨٠	ج	الجهة التي صدر منها الإكراه (الإكراه الصادر من المعاقب الآخر والإكراه الصادر من الغير)
٣٨٦	§ ٤	— الاستغلال
٣٩٣	١	عناصر الاستغلال (التمسك بالموضوعي والنفسي)
٤٠٣	ب	الجزاء التي تترتب على الاستغلال
٤٠٨	الفرع الثاني	— المحل
٤٠٩	المبحث الأول	— المحل موجود أو ممكن
٤٠٩	§ ١	— المحل موجود (المحل للمستقبل والمبركة السابقة)
٤١٦	§ ٢	— المحل ممكن
٤٢٠	المبحث الثاني	— المحل معين أو قابل للتعين
٤٢٢	§ ١	— كيفية تعيين المحل
٤٢٤	§ ٢	— تعيين محل الالتزام إذا كان قوداً (شروط القيد)

صفحة

المبحث الثالث — المحل قابل للتعاقل فيه	٤٣٧
المطلب الأول — الاتفاقات التي تخالف النظام العام	٤٣٨
§ ١ — روابط القانون العام (الحريات العامة — النظم الادارية والمالية — النظام القضائي — القوانين الجنائية)	٤٣٨
§ ٢ — روابط القانون الخاص (الأحوال الشخصية — المعاملات المالية)	٤٤٦
المطلب الثاني — الاتفاقات التي تخالف الآداب	٤٤٩
المقرر الثالث — السب	٤٥١
المبحث الأول — كيف نشأت نظرية السب	٤٥٥
المطلب الأول — نظرية السب في القانون الروماني	٤٥٥
§ ١ — العهد القديم	٤٥٥
§ ٢ — العهد المدرسي	٤٥٧
المطلب الثاني — نظرية السب في القانون الفرنسي القديم	٤٦٣
§ ١ — نظرية السب في العهد الذي سبق دوما	٤٦٤
§ ٢ — نظرية السب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدني الفرنسي	٤٦٨
المبحث الثاني — نظرية السب في القانون الحديث	٤٧٥
المطلب الأول — النظرية التقليدية في السب	٤٧٦
§ ١ — معنى السب في النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه	٤٧٧
(أ) تحديد معنى السب في النظرية التقليدية	٤٧٧
(ب) الشروط الواجب توافرها في السب	٤٨١
§ ٢ — خصوم السب وأخصاره	٤٨٦
(أ) خصوم السب	٤٨٦
(ب) أخصار السب	٤٨٨
المطلب الثاني — النظرية الحديثة في السب	٤٩٢
§ ١ — استبعاد النظرية التقليدية	٤٩٢
§ ٢ — الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على المباحث الباقية إلى التصاق	٤٩٧
§ ٣ — التصرف المجرد	٥٠٤
المطلب الثالث — نظرية السب في التقنين المصري الجديد	٥١٣
§ ١ — اعتناق التقنين الجديد للنظرية الحديثة في السب	٥١٤
§ ٢ — الفصل ما بين منطقة السب ومنطقة الخطأ في التقنين الجديد	٥٢١
§ ٣ — إثبات السب	٥٢٧

صفحة

٥٣٢	الفرع الرابع - الجزاء : نظرية البطلان
٥٤٣	المبحث الأول - الآثار التي تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال
٥٤٤	المطلب الأول - الآثار الرضائية للعقد الباطل
٥٤٥	§ ١ - نظرية تحول العقد ونظرية انتقاس العقد
٥٥٢	§ ٢ - نظرية الخطأ عند تكوين العقد
٥٦١	المطلب الثاني - الآثار الأصلية للعقد الباطل
٥٦٣	المبحث الثاني - الإجازة والتقدم
٥٦٤	المطلب الأول - الإجازة
٥٦٤	§ ١ - العقد الباطل
٥٦٦	§ ٢ - العقد القابل للإبطال
٥٧١	المطلب الثاني - التضادم
٥٧١	§ ١ - العقد الباطل
٥٧٥	§ ٢ - العقد القابل للإبطال
٥٧٨	المبحث الثالث - تقرير البطلان (دعوى البطلان)
٥٧٩	المطلب الأول - من متى يدمسك بالبطلان
٥٧٩	§ ١ - العقد الباطل
٥٨١	§ ٢ - العقد القابل للإبطال
٥٨٣	المطلب الثاني - كيف يقرر البطلان
٥٨٣	§ ١ - العقد الباطل
٥٨٤	§ ٢ - العقد القابل للإبطال
٥٨٦	المطلب الثالث - أثر تقرير البطلان
٥٨٨	§ ١ - فيما بين المتعاقدين
٥٩٣	§ ٢ - بالنسبة إلى الغير

الفصل الثاني - آثار العقد

٥٩٥	الفرع الأول - قوة العقد المزمة بالنسبة إلى الأشخاص
٥٩٦	المبحث الأول - أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين
٥٩٧	المطلب الأول - الحلف العام

صفحة	
٦٠٣	المطلب الثاني — الخلف الخامس
٦١٤	المبحث الثاني — اثر القصد بالنسبة الى الغير
٦١٧	المطلب الأول — التصديق عن الغير
٦٢١	١ — قبول الغير للتصديق
٦٢٣	٢ — رفض الغير للتصديق
٦٢٥	المطلب الثاني — الاشتراط لمصلحة الغير
٦٢٩	١ — كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وما وصلت اليه في تطبيقاتها العملية
٦٣٧	٢ — شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير
٦٤٢	٣ — احكام الاشتراط لمصلحة الغير
٦٥٨	الفرع الثاني — قوة القصد للزعة بالنسبة الى الموضوع
٦٥٨	المبحث الأول — تحديد موضوع التعاقد
٦٥٩	المطلب الأول — تفسير القصد
٦٧٠	١ — عبارة القصد واضحة
٦٧٥	٢ — عبارة القصد غير واضحة
٦٨٦	٣ — قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين
٦٨٩	المطلب الثاني — تحديد نطاق القصد
٦٩٥	المطلب الثالث — لزام المتعاقدين بتنفيذ القصد (القصد شريعة المتعاقدين)
٦٩٦	١ — تنفيذ القصد في جميع ما اشتمل عليه
٧٠٣	٢ — نظرية الحوادث الطارئة
٧٠٧	(أ) التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة
٧١٧	(ب) نظرية الحوادث الطارئة في التقنين المدني الجديد
٧٣٢	المبحث الثاني — المسؤولية القندية (جزء القصد)
٧٣٥	المطلب الأول — الخطأ القندي
٧٣٥	١ — الخطأ القندي في مسؤولية المدين عن عمله الشخصي
٧٤٦	٢ — المسؤولية القندية عن الغير وعن الأشياء
٧٤٦	(أ) المسؤولية القندية عن الغير
٧٥٧	(ب) المسؤولية القندية عن الأشياء
٧٥٤	٣ — تعديل قواعد المسؤولية القندية
٧٦٣	المطلب الثاني — الضرر
٧٦٤	١ — الضرر المادي والضرر الأدبي
٧٦٥	(أ) الضرر المادي
٧٦٦	(ب) الضرر الأدبي

صفحة	
٨٧٩	المطلب الأول — تحديد فكرة الخطأ في الشولية التصيرية
٨٨٢	§ ١ — الركن المادي : التصدي
٨٨٢	مقياس التصدي مقياس موضوعي لا مقياس ذاتي
٨٩١	حالات ثلاث تجعل التصدي عملاً مقصوداً
٨٩١	حالة الدفاع الشرعي
٨٩٦	حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس
٨٩٩	حالة الضرورة
٩٠٣	§ ٢ — الركن المعنوي : الإدراك
٩٠٦	(أ) الشخص الطبيعي
٩١٣	(ب) الشخص المعنوي
٩١٧	المطلب الثاني — تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ
٩٢٠	§ ١ — الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق
٩٢١	حوادث النقل والسيارات والسكك الحديدية وغيرها من وسائل النقل
٩٢٨	حوادث العمل
٩٣٠	المسئولية عن الأخطاء الفنية في مزاوله المهنة
٩٣٤	الاعتماد على الشرف والسمعة
٩٣٧	فسخ الخطبة والإغواء
٩٤١	حالات أخرى مختلفة في الخطأ التصيري
٩٤٧	§ ٢ — التصرف في استعمال الحق
٩٤٨	(أ) التطور التاريخي لنظرية التصرف في استعمال الحق
٩٥٤	(ب) الأساس القانوني لنظرية التصرف في استعمال الحق والمساير التي تأخذ به
٩٦٥	(ج) تطبيقات مختلفة لنظرية التصرف في استعمال الحق
٩٦٩	المبحث الثاني — الضرر
٩٧٠	المطلب الأول — الضرر المادي
٩٧١	§ ١ — الأضرار بمصلحة مالية للضرر
٩٧٤	§ ٢ — تحقق الضرر
٩٨١	المطلب الثاني — الضرر الأدبي
٩٩٠	المبحث الثالث — علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر
٩٩٣	المطلب الأول — انضمام السببية لقيام السبب الأجنبي
٩٩٤	§ ١ — القوة القاهرة أو الحادث الجبائي
١٠٠٠	§ ٢ — خطأ الضرر
١٠٠٢	استغرق أحد الخطأين لخطأ الآخر
١٠٠٧	أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر
١٠٠٨	الخطأ المشترك

صفحة	
١٠٢٦	§ ٣ — خطأ النبر
١٠٢٣	المطلب الثاني — اضماد السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر
١٠٢٤	§ ١ — تعدد الأسباب
١٠٢٤	(أ) تعدد الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى
١٠٢٥	(ب) تعدد الأسباب دون استغراق
١٠٢٥	نظرية تكافؤ الأسباب
١٠٢٦	نظرية السبب المنتج
١٠٢٩	§ ٢ — تسلسل النتائج (تعاقب الأضرار أو الضرر غير المباشر)
١٠٣٧	الفرع الثاني — آثار المسؤولية
١٠٣٨	المبحث الأول — دعوى المسؤولية
١٠٣٨	المطلب الأول — طرق الدعوى
١٠٣٨	§ ١ — للمدعى
١٠٣٨	(أ) غير الضروري ليس له حق في التعويض
١٠٤٠	(ب) حق التعويض للضرر
١٠٤٢	(ج) حق التعويض لكل ضرر
١٠٤٦	§ ٢ — المدعى عليه
١٠٤٧	تعدد المسئولين
١٠٥٤	المسئول إذا ارتكب الخطأ جماعة
١٠٥٥	المطلب الثاني — الطلبات والنفوغ
١٠٥٥	§ ١ — طلبات المدعى
١٠٥٥	سبب الدعوى
١٠٥٩	موضوع الدعوى
١٠٥٩	§ ٢ — دفع المدعى عليه
١٠٦٠	الدفع بالتقادم
١٠٦٥	المطلب الثالث — الإثبات
١٠٦٥	§ ١ — عبء الإثبات
١٠٦٨	§ ٢ — وسائل الإثبات
١٠٦٩	ارتباط الفاضى المدنى بالحكم الجنائى
١٠٨٢	المطلب الرابع — الحكم الصادر في دعوى المسؤولية
١٠٨٣	§ ١ — طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى المسؤولية
١٠٨٣	الطعن بطريق التقضى
١٠٨٧	٢ — الآثار التي ترتب على الحكم الصادر في دعوى المسؤولية
١٠٨٧	الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض
١٠٨٩	الحكم يقوم الحق في التعويض ويقويه
١٠٩٠	المبحث الثاني — جزاء المسؤولية

صفحة	
١٠٩١	المطلب الأول — التمييز في صورة المادة المألوفة
١٠٩١	§ ١ — طريقة التمييز
١٠٩٢	التنفيذ العيني
١٠٩٣	التمييز غير التقديري
١٠٩٤	التمييز التقديري
١٠٩٥	§ ٢ — تقدير التمييز
١٠٩٨	الظروف الملزمة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التمييز
١١٠٢	الضرر النعير والوقت التقديري
١١٠٣	الثقة الموقعة
١١٠٤	المطلب الثاني — التمييز في صورة المسئلة الموصوفة
١١٠٥	§ ١ — الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية
١١٠٦	الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التخصيرية أو على التخفيف منها
١١٠٨	الاتفاق على التشديد في المسؤولية التخصيرية
١١٠٩	§ ٢ — التأمين على المسؤولية
١١١٥	§ ٣ — اجتماع طريقين للتمييز
١١١٥	اجتماع التمييز مع مبلغ التأمين
١١١٨	اجتماع التمييز مع الثقة أو الإيراد

الفصل الثاني — المسؤولية عن عمل النعير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء

١١٢١	الفرع الأول — المسؤولية عن عمل النعير
١١٢٢	المبحث الأول — مسؤولية من يجب عليه الرقابة عن م في رقابه
١١٢٥	المطلب الأول — متى تتحقق مسؤوليته متولى الرقابة
١١٢٥	§ ١ — تولى الرقابة
١١٣٢	§ ٢ — صدور عمل غير مشروع من تحت الرقابة
١١٣٥	المطلب الثاني — الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية متولى الرقابة
١١٣٦	ما هو الخطأ للنعير في جانب متولى الرقابة
١١٣٧	كيف ينقضي متولى الرقابة الخطأ للنعير
١١٣٨	كيف ينقضي متولى الرقابة علاقة التبعية
١١٤١	قيام مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة لى جانب غير مسؤول متولى الرقابة
١١٤٣	المبحث الثاني — مسؤولية النعير عن التابع
١١٤٥	المطلب الأول — متى تتحقق مسؤولية النعير
١١٤٦	§ ١ — علاقة التبعية

صفحة	
١٢١١	الحراسة
١٢١٢	البناء
١٢١٤	٢ § — تهم البناء هو الذى أحدث الضرر
١٢١٤	ما يعتبر تهماً
١٢١٤	ما لا يعتبر تهماً
١٢١٦	المطلب الثانى — الأساس الذى تقوم عليه المسئولية عن تهم البناء
١٢١٧	١ § — ما هو الخطأ
١٢١٨	٢ § — إلى أى حد مفترض
١٢١٨	الخطأ المفترض ذو شقين ، أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر غير قابل لذلك
١٢١٩	الخطأ المفترض لا يقوم عند قيام علاقة عقدية
١٢٢٠	المبحث الثالث — مسئولية حارس الأشياء
١٢٢٨	للمطلب الأول — متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء
١٢٢٨	١ § — حراسة شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية
١٢٢٨	الحراسة
١٢٣١	الذى
١٢٣٢	٢ § — وقوع الضرر يحمل الشيء
١٢٣٣	فعل الشيء وفضل الإنسان
١٢٣٩	المطلب الثانى — على أى أساس تقوم مسئولية حارس الأشياء
١٢٣٩	١ § — ما هو الخطأ
١٢٣٩	خطأ فى الحراسة
١٢٤٠	٢ § — إلى أى حد هو مفترض
١٢٤٠	الافتراض لا يقبل لإثبات العكس
١٢٤٣	جواز نفي المسئولية بنفى علاقة السببية

الباب الثالث

الإثراء بلا سبب

١٢٤٧	تمهيد
١٢٤٨	الظهور التاريخى لقاعدة الإثراء بلا سبب
١٢٤٨	القانون الرومانى
١٢٥١	القانون الفرنسى القديم
١٢٥٢	الفقه الاسلامى

صفحة

١٢٩٧	١	القانون الفرنسى
١٢٩٧	٢	اتفاق الفقه والقضاء باءى الأمر على أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتمالية
١٢٩٨	٣	تزعزع الفقه الفرنسى عن موقفه
١٣٠١	٤	القانون المصرى
١٣٠١	٥	الفقه والقضاء فى مصر
١٣٠٥	٦	التقنين المصرى الجديد
١٣١١	٧	المطلب الثانى - لاجترة لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعى
١٣١١	٨	التقنين المصرى الجديد
١٣١١	٩	الرأى المعارض
١٣١٤	١٠	تقد الرأى المعارض
١٣١٨	١١	الفرع الثانى - أحكام الإثراء بلا سبب
١٣١٩	١٢	المبحث الأول - الدعوى
١٣١٩	١٣	١ - طرفا الدعوى
١٣١٩	١٤	(أ) المدعى
١٣٢٠	١٥	(ب) المدعى عليه
١٣٢٢	١٦	٢ - الطلبات والدفع
١٣٢٢	١٧	(أ) طلبات المدعى
١٣٢٣	١٨	(ب) دفع المدعى عليه - الدفع بالتقادم
١٣٢٦	١٩	٣ - الإثبات
١٣٢٦	٢٠	(أ) عبء الإثبات
١٣٢٧	٢١	(ب) وسائل الإثبات
١٣٢٧	٢٢	٤ - الحكم
١٣٢٧	٢٣	(أ) الطعن فى الحكم بطريقة النقض
١٣٢٩	٢٤	(ب) الآثار التى تترتب على الحكم
١٣٣١	٢٥	المبحث الثانى - الجزاء أو التوىس
١٣٣١	٢٦	التوىس هو أقل قيمتى الافتقار والإثراء
١٣٣٢	٢٧	١ - كيف يقدر الإثراء
١٣٣٣	٢٨	(أ) الإثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى
١٣٣٣	٢٩	هل يجوز أن يكون الإثراء عيناً تبقى فى ملكية المقتفر
١٣٣٤	٣٠	الإثراء فقد دخل فى ذمة المثرى
١٣٣٤	٣١	إثراء تمسكت استحدثتها المقتفر فى مال المثرى
١٣٣٤	٣٢	(ب) الإثراء منقمة أو خدمة أو عمل أو إثراء سلبى
١٣٣٦	٣٣	٢ - كيف يقدر الافتقار

صفحة

١٣٤٦	١ (تقدير مدى الافتقار
١٣٣٧	ب) وقت تقدير الافتقار
١٣٣٨	§ ٣ — ما يقترن بالتعويض من ضمانات
١٣٣٨	التعويض دين شخصي لا امتياز له
١٣٣٨	الحق في المجلس

الفصل الثاني — دفع غير المستحق والفضالة

١٣٤٠	الفرع الأول — دفع غير المستحق
١٣٤٠	المبحث الأول — أركان دفع غير المستحق
١٣٤٢	المطلب الأول — حالتا دفع غير المستحق
١٣٤٢	§ ١ — الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر
١٣٤٢	١ (الركن الأول — دين غير مستحق وقت الوفاء به
١٣٤٢	الدين منعدم من الأصل
١٣٤٤	الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق
١٣٤٥	الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به
١٣٤٥	ب) الركن الثاني — عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال
١٣٤٦	الميب الذي يشوب الوفاء (الفلظ والإكراه وتقص الأهلية)
١٣٥٠	§ ٢ — الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق
١٣٥٠	١ (الركن الأول — وفاة صحيح بدين مستحق الأداء
١٣٥١	ب) الركن الثاني — زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به
١٣٥٤	المطلب الثاني — تكليف الالتزام برد ما أخذ دون حق
١٣٥٤	تحليل حالتى دفع غير المستحق وردهما إلى قاعدة الإثراء بلا سبب
١٣٥٥	التمييز بين دين في القصة وبين معينة بالقات
١٣٥٦	المبحث الثاني — أحكام دفع غير المستحق
١٣٥٧	المطلب الأول — المدعى والمدعى عليه في دعوى استرداد غير المستحق
١٣٥٧	١ (المدعى
١٣٥٨	ب) المدعى عليه
١٣٥٨	المطلب الثاني — إذا طالب المدعى المدعى عليه في دعوى استرداد غير المستحق
١٣٥٩	§ ١ — المدفوع له حسن النية
١٣٦٠	١ (المدفوع نقود أو أشياء مثلية
١٣٦١	ب) المدفوع عين معينة بالقات
١٣٦١	رد العين
١٣٦٢	رد الثمار واسترداد المصروفات

صفحة

١٤٠٠	لا يعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولى شأن الغير
١٤٠١	§ ٢ — موقف رب العمل من الشأن العاجل
١٤٠١	رب العمل لا يعلم بالفصالة
١٤٠١	رب العمل يعلم بالفصالة
١٤٠٥	المبحث اثنان — أحكام الفصالة
١٤٠٥	المطلب الأول — التزامات الفضولي
١٤٠٦	§ ١ — التزامات الفضولي الأربعة
					(أ) الالتزام الأول — مضى الفضولي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل
١٤٠٦	من مباشرته بنفسه
١٤٠٨	(ب) الالتزام الثاني — إخطار الفضولي رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك
١٤٠٨	(ج) الالتزام الثالث — بذل عناية الشخص المادى في القيام بالعمل
١٤١١	المطلب الثاني — الفصالة
١٤١٣	نائب الفضولي
١٤١٤	التضامن في المسئولية عند تعدد الفضولي
					(د) الالتزام الرابع — تقديم الفضولي حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب
١٤١٥	الفصالة
١٤١٧	§ ٢ — ما تشترك فيه التزامات الفضولي من أحكام
١٤١٧	(أ) أهلية الفضولي
١٤٢٠	(ب) أثر موت الفضولي أو موت رب العمل في التزامات الفضولي
١٤٢١	موت الفضولي
١٤٢١	موت رب العمل
١٤٢٢	(ج) تقادم التزامات الفضولي
١٤٢٣	المطلب الثاني — التزامات رب العمل
١٤٢٦	§ ١ — التزامات رب العمل الأربعة
١٤٢٦	(أ) الالتزام الأول — تنفيذ التهميات التي عقد الفضولي بالنيابة عنه
١٤٢٦	(ب) الالتزام الثاني — تعويض الفضولي عن التهميات التي عقدها هذا باسمه شخصياً
١٤٢٧	(ج) الالتزام الثالث — رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر
١٤٢٩	(د) الالتزام الرابع — تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه
١٤٣٠	§ ٢ — ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام
١٤٣١	(أ) أهلية رب العمل
١٤٣١	(ب) أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في التزامات رب العمل
١٤٣٢	(ج) تقادم التزامات رب العمل

صفحة

الفصل الرابع - القانون

١٤٣٧	تمهيد
١٤٣٨	كيف يكون القانون مصدراً مباشراً للالتزام
١٤٤١	المبحث الأول - النص هو الذى ينشئ الالتزام القانونى
١٤٤١	المطلب الأول - الالتزامات القانونية التى تستند إلى الوقائع المادية
١٤٤١	الالتزامات السلبية
١٤٤٢	الالتزامات الإيجابية
١٤٤٤	المطلب الثانى - الالتزامات القانونية التى تستند إلى الإرادة المفردة
١٤٤٤	هل تستطیع الإرادة المفردة أن تنشئ التزاماً
١٤٥٢	إلى أى حد أخذ التقنين المدنى الجديد بالإرادة المفردة مصدراً للالتزام
١٤٥٤	الالتزامات التى تنشئها الإرادة المفردة فى التقنين المدنى الجديد هى لالتزامات قانونية ومصدرها المباشر هو القانون
١٤٥٨	المبحث الثانى - النص هو الذى يبين أركان الالتزام القانونى ويبين أحكامه
١٤٥٨	المطلب الأول - القاعدة العامة
١٤٥٨	أركان الالتزام القانونى
١٤٦٠	أحكام الالتزام القانونى
١٤٦٤	المطلب الثانى - تطبيق خاص (الوعد بجائزة - الجمالة)
١٤٦٦	أركان التزام الواعد بالجائزة
١٤٦٧	أحكام الالتزام
١٤٦٧	الوعد بحدوث له مدة
١٤٦٨	الوعد لم يحدث له مدة

ما ظهر من أجزاء الوسيط

وما هو تحت الإعداد

الأجزاء التي ظهرت

- الجزء الأول — في مصادر الالتزام
الطبعة الأولى سنة ١٩٥٢ .
الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ .
الجزء الثاني — في الإثبات وآثار الالتزام
سنة ١٩٥٦ .
الجزء الثالث — في أوصاف الالتزام وحالاته وانقضائه
سنة ١٩٥٨ .
الجزء الرابع — في البيع والمقايضة
سنة ١٩٦٠ .
الجزء الخامس — في العقود الأخرى الواردة على الملكية (الهبة والشركة والقرض
والدخل الدائم والصلح
سنة ١٩٦٢ .
الجزء السادس (مجلدان) — في العقود الواردة على المنفعة (الإيجار والعمارة)
سنة ١٩٦٤ .
الجزء السابع (مجلدان) — المجلد الأول في العقود الواردة على العمل (المقاوله
والوكالة والوديعة والحراسة)
سنة ١٩٦٤ .
المجلد الثاني في عقود الفرر (عقد التأمين — المقامرة
والرهان والرتب مدى الحياة)
سنة ١٩٦٤ .

الأجزاء التي تحت الإعداد

- الجزء الثامن — في الملكية والحقوق العينية الأصلية الأخرى .
الجزء التاسع — في أسباب كسب الملكية .
الجزء العاشر — في التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة والرهن الرسمي وحق
الاختصاص ورهن الحيازة وحقوق الامتياز) .

تحت الإعداد

الوجيز

- الجزء الأول — في النظرية العامة للالتزام (يشتمل على الأجزاء الأول والثاني والثالث من الوسيط) .
- الجزء الثاني — في العقود المسماة (يشتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس والسابع من الوسيط) .
- الجزء الثالث — في الحقوق العينية والتأمينات (يشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من الوسيط) .

للمؤلف
(أولاً) كتب

- ١ — القيمود التعاقدية الواردة على حرية العمل — الميعار المرن والقاعدة الجامدة في القانون (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥ .
- ٢ — الخلافة الإسلامية وتطورها لتصحيح هيئة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦ .
- ٣ — عقد الأيجار سنة ١٩٣٠ .
- ٤ — نظرية العقد سنة ١٩٣٤ .
- ٥ — الموجز في النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨ .
- ٦ — أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبو سنيت) سنة ١٩٣٨ .
- ٧ — التصرف القانوني والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤ .
- ٨ — مصادر الحق في الفقه الاسلامي (مقارنة بالفقه الغربي) :
الجزء الأول — مقدمة — صيغة العقد في الفقه الاسلامي سنة ١٩٥٤ .
الجزء الثاني — مجلس العقد وصحة التراضي (والناط والتدليس والاكرام والغبين) في الفقه الاسلامي سنة ١٩٥٥ .
الجزء الثالث — محل العقد في الفقه الاسلامي سنة ١٩٥٦ .
الجزء الرابع — نظرية السبب ونظرية البطلان في الفقه الاسلامي سنة ١٩٥٧ .
الجزء الخامس — آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه الاسلامي .
(الخلف العام والخلف الخاص والدعوى البوليصية والإعسار والتمهيد عن النير والاشتراط لمصلحة النير والنيابة في التعاقد في الفقه الاسلامي) سنة ١٩٥٨ .
الجزء السادس — آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع في الفقه الاسلامي .
(تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للمعذر أو لحوادث طارئة)

والمسئولية العقيدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإطالة في
الفقه الإسلامى

سنة ١٩٥٩ .

٩ - الوسيط في شرح القانون المدنى (ظهر منه أجزاء سبعة - أنظر آنفاً) .

* * *

(ثانياً) بحوث ومقالات

١ - الشريعة الإسلامية كصدر للتشريع المصرى . (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة
لامبير) .

٢ - المعيار فى القانون . (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة جنى) .

٣ - المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلى بهجت بدوى) (بحث
بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٢) .

٤ - المسئولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية . بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر
القانون المقارن بلاهاى سنة ١٩٣٧ .

٥ - الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاى . (بحث بالفرنسية نشر
بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .

٦ - الامتيازات الأجنبية . (بحث نشر فى سنة ١٩٣٠) .

٧ - تنقيح القانون المدنى . (بحث نشر فى الكتاب الذهبى للحاكم الوطنى -
فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٨ - من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدنى العراقى . (بحث نشر فى مجلة
القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .

٩ - عقد البيع فى مشروع القانون المدنى العراقى . (نشر فى بغداد سنة ١٩٣٦) .

١٠ - مقارنة المجلة بالقانون المدنى . (بحوث ألفت فى كلية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .

١١ - المفاوضات فى المسألة المصرية . (بحث نشر فى سنة ١٩٤٧) .

١٢ - الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية . (بحث نشر فى العدد الأول من مجلة
مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .

Bibliotheca Alexandrina



0566935